

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

JANÚNCIO AFONSO DE MEDEIROS NETO

**OS EFEITOS DO DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL
NA PLANTA NO MERCADO IMOBILIÁRIO**

CURITIBA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

JANÚNCIO AFONSO DE MEDEIROS NETO

**OS EFEITOS DO DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL
NA PLANTA NO MERCADO IMOBILIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau em Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

Gostaria de deixar aqui registrado meu especial agradecimento a orientadora deste trabalho, Professora Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, pelo alto grau de profissionalismo demonstrado ao longo da elaboração desta monografia, sempre disposta a orientar, corrigir e apontar o melhor caminho a ser seguido e principalmente por compartilhar seus preciosos conhecimentos jurídicos e científicos, não só como orientadora, mas como professora de Direito Civil, durante os dois primeiros anos da faculdade.

Aos colegas da Auditoria da 5ª CJM, particularmente à Maria Esther, pela paciência em ouvir meus resumos dos textos obrigatórios para as provas, a Luis Mathiel Frazon e ao hoje promotor da Justiça Militar da União, Rodrigo Ladeira de Oliveira, por estarem sempre dispostos a compartilhar de forma generosa seus profundos conhecimentos sobre esta complicada “ciência” chamada direito.

A todos os colegas da GRR2013 - Noturno, em especial Adeodato Tavares, André Uatenabaro e a Igor Yamaguti, pela amizade, companheirismo e pelos inesquecíveis, hilários e inúteis embates sobre inutilidades, fazendo com que nosso dia a dia na faculdade, durante estes longos cinco anos fossem menos penosos e muito mais divertidos.

Por último, não poderia deixar registrar aqui meus sinceros agradecimentos a Marta Baião, pelo inestimável trabalho de revisão do texto, com suas correções e sugestões precisas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo examinar aspectos envolvidos na extinção dos contratos de compra de imóveis residenciais na “planta”, através do distrato, em virtude do inadimplemento do comprador devido à sua incapacidade financeira quando da entrega definitiva do imóvel. São apresentados pontos relevantes da dinâmica do processo da incorporação imobiliária, incluindo o seu desenvolvimento ao longo do tempo, o processo de incorporação imobiliária de unidades residenciais, a sua legislação regulatória e os efeitos resultante do mecanismo do distrato no mercado imobiliário nacional, através de levantamento realizado pela Associação Brasileira de Incorporadoras. Em seguida, analisamos o distrato nos contratos de compra e venda de imóveis na planta, considerando a autonomia privada dos contratantes, bem como a dinâmica regulatória que regem a complexa relação jurídica contratual entre seus atores, através do diálogo entre as suas fontes normativas, a saber: A Lei de Incorporação, Lei nº 4.591/1964, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Na sequência, apresentamos o posicionamento jurisprudencial dos nossos tribunais, trazendo julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, escolhido por representar o maior mercado imobiliário do País, bem como do Superior Tribunal de Justiça. Por último, são apresentadas discursões atuais sobre a criação de uma legislação definitiva sobre o tema, de forma que se possa dar fim ao embate judicial entre os atores desta complexa relação consumerista.

Palavras-chaves: Imóvel na planta; distrato; código de defesa do consumidor; mercado imobiliário.

ABSTRACT

The present study aims to examine aspects involved in the extinction of the contracts for the purchase of real estate residences through the mechanism called “distrato”, due to a home buyer can’t keep up with their mortgage payment or obtain financing from a financial institution. Are presented relevant points of the dynamics of the process of residential real estate, including its development over time, the process of estate of residential units, the current legislation and the effects resulting from the mechanism of “distrato” in the real estate market, through a survey conducted by the Brazilian Association of developers. Then we analyze the “distrato” in contracts of purchase and sale of real estate of residential units, take into account the private autonomy of the parties, as well as the dynamic regulatory and the complex relationship of contract between its actors, through dialog between their normative sources, namely: The Law of Incorporation, Law No. 4.591/1964, the Code of Consumer Protection and the Civil Code of 2002. We present also the positioning of jurisprudence of our courts, presenting judged the Court of Justice of the State of São Paulo, chosen to represent the largest real estate market in the country, as well as the Superior Court of Justice. Finally, we present recent discursions related with a creation of a new legislation on the subject in order to finish the judicial battle between the actors of this complex relationship consumerist.

Key words: real estate residence; mortgage payment, jurisprudence

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O MERCADO IMOBILIÁRIO BRASILEIRO	12
2.1. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA BRASILEIRO	12
2.2. LEGISLAÇÃO REGULATÓRIA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	15
2.3. O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA	19
2.4. O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DE UNIDADES RESIDENCIAIS	25
2.5. INDICADORES ECONÔMICOS DO MERCADO IMOBILIÁRIO	28
3. O DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	36
3.1. AUTONOMIA PRIVADA E MERCADO HABITACIONAL	36
3.2. O DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA	38
3.3. A PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL NA PLANTA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	42
3.4. A CLÁUSULA DE DECAIMENTO NOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA	49
4. O DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	57
4.1. O DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO	57
4.2. O DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	65

4.3 NOVAS REGRAS PARA O DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA.....	68
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

1. INTRODUÇÃO

Com o aprofundamento da recessão econômica vivida pelo Brasil nos últimos anos, um dos setores mais atingidos pela crise foi o da construção civil. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2016, o Produto Interno Bruto (PIB) sofreu uma retração de 3,6 % e de 5,1 % nas atividades da construção civil¹.

Assim como outros ramos da economia, a construção civil experimenta ciclos sucessivos de aquecimento intercalado por ciclos de desaquecimento. O período compreendido entre 2005 e 2013 foi um dos períodos mais promissores para o mercado imobiliário brasileiro. Vários foram os fatores que contribuíram para a prosperidade experimentada pelo setor: melhora de todos os índices econômicos, grande oferta de trabalho, taxa de empregabilidade máxima, aumento da renda, aumento da confiança do consumidor com o futuro, além de uma grande oferta, por parte dos agentes econômicos, de crédito imobiliário para a aquisição de imóvel residencial, respaldado pela segurança jurídica trazida com a instituição do patrimônio de afetação² e o aperfeiçoamento da alienação fiduciária do bem imóvel.

Entretanto, a partir de 2013, este ciclo virtuoso do crescimento começa a ser revertido, agravado pelo aprofundamento da recessão econômica, desemprego, escassez de crédito, aumento das taxas de juros para financiamento, tudo isso agravado pelo cenário político de incertezas. Tais fatores vão contribuir de forma decisiva para lançar o mercado imobiliário em um ciclo de profunda recessão, em razão da baixíssima demanda, grande número de unidades em estoque e principalmente um grande volume de devoluções de unidades alienadas ou prometidas à venda, em razão da inadimplência em massa dos promitentes compradores.

Como consequência do agravamento da crise econômica, os bancos começaram a restringir o crédito para aquisição de imóveis, aumentando as taxas de

¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Indicadores IBGE**: Contas Nacionais Trimestrais – indicadores de volume e valores correntes. out.\dez. 2016. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf>. Acesso: 12/07/2017.

² BRASIL. **Lei n 10.931, de 02 de Agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporação imobiliária, Letras de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 de Agosto de 2004.

juros, reduzindo o percentual a ser financiado e exigindo renda familiar cada vez mais alta, tornando o financiamento bancário cada vez mais difícil para a concretização do negócio entre as partes.

Tais fatores vão contribuir para o promitente comprador desfazer o negócio por absoluta falta de capacidade financeira para honrar o compromisso assumido no contrato de promessa de compra e venda em razão da falta de condições para a obtenção do financiamento bancário ou na falta deste, da incapacidade financeira para honrar o pagamento do saldo devedor junto à incorporadora.

Tal cenário provocou uma crise sem precedentes no ramo imobiliário, tendo como consequência a extinções de milhares de contratos de promessa de compra e venda celebrados antes do início da crise, uma vez que, entre a assinatura do contrato e a entrega do imóvel, geralmente feito quando do lançamento do empreendimento imobiliário, decorre um período de dois a quatro anos. Até então, o embate judiciário entre consumidores e incorporadoras se concentrava na sua grande maioria em ações judiciais de indenizações pelo atraso da entrega da obra e cobranças de taxas ou verbas abusivas. A partir de 2013, esse quadro se reverteu de forma dramática, e o judiciário brasileiro foi invadido por uma enxurrada de ações visando a extinção do contrato e a devolução dos valores pagos à incorporadora pelos adquirentes inadimplentes.

Entre dezenas de casos, pode-se tomar como exemplo a situação do Sr. Flávio Atorre de Mello. Em novembro de 2012, o mesmo adquiriu um imóvel na planta, mas quatro meses depois ele foi demitido. Ao fechar o negócio, segundo Flávio, a ideia era amortizar o máximo possível do débito até a entrega das chaves e quitar o restante com a venda do apartamento antigo. Entretanto, nada disso se concretizou. Além do aumento da taxa básica de juros da economia, passando de 7.25% para 14.25%, ocorreu um aumento da oferta de imóveis novos, contribuindo para desvalorização acentuada dos imóveis usados. Na entrega das chaves, em 2016, a dívida era de R\$ 700 mil reais, valor bem maior do que o seu apartamento orçado no mercado em torno de R\$ 500 mil reais³.

Diante da situação, sabendo que não preenchia os requisitos exigidos pelos agentes financeiros para conseguir financiamento do saldo devedor, resolveu

³ OSCAR, Naiana. De cada 100 Imóveis Vendidos, 41 Foram Devolvidos às Construtoras em 2015. In: **O Estado de São Paulo**. Caderno de Economia & Negócios. 11 de jan. de 2016.

devolver o imóvel à incorporadora. Foi-lhe então proposto a rescisão contratual ou distrato⁴, com as seguintes condições: seria descontado do valor total pago até a data do desfazimento do negócio as taxas de corretagem, comercialização e despesas administrativas realizadas pela incorporadora. Dos R\$ 200.000 mil investidos por Mello nos últimos três anos, a empresa reteria R\$ 160 mil reais e devolveria R\$ 40 mil reais, valor esse correspondente somente a 20% de todo capital investido pelo comprador. Tal proposta não foi aceita e o caso foi parar na Justiça.

As incorporadoras, em defesa de seus interesses, vêm sustentando que em tais situações deve ser aplicada a Lei nº 4.191/1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e a incorporação imobiliária⁵. A tese defendida é que o contrato de promessa de compra e venda de imóveis proveniente de incorporação imobiliária é regido pelo artigo 28 e seguintes da citada lei, que a distingue da caracterização genérica trazida pelo artigo 1.417 do Código Civil de 2002, de forma que a sua formação, execução e extinção deve atender não somente o citado artigo, mas também a Lei de incorporação, naquilo que as normas sobre a incorporação tem de específico, em particular a irrevogabilidade e a irretratabilidade do contrato.

Por outro lado, os compradores, em defesa de seus direitos, argumentam que o negócio é considerado como uma relação consumerista, devendo ser aplicada a Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor⁶, argumentando que o seu artigo 53 proíbe expressamente a presença de cláusulas que determinam a retenção do valor integral ou substancial das prestações pagas por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador.

Assim, condutas perpetradas pelas incorporadoras, ao penalizar o consumidor de forma abusiva, afrontam os princípios da equidade, da simetria e da transparência, resultando na quebra do necessário equilíbrio econômico-financeiro

⁴ Segundo Orlando Gomes: a “rescisão” é o termo empregado para designar a extinção do contrato pela vontade das partes, e nessa figura inclui o distrato e as hipóteses de rescisão unilateral, podendo ser bilateral, conhecida também como distrato ou unilateral, contemplados respectivamente nos artigos 472 e 473 do Código Civil de 2002.

⁵ BRASIL. **Lei nº 4.591/1964, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4591.htm> acesso em 13.jul.2017.

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor. <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm> acesso em 13.jul.2017.

do contrato, violando legítimas expectativas das partes. Neste sentido, é necessário encontrar mecanismos que possam restabelecer o equilíbrio nas relações negociais entre os atores nelas envolvidos.

Dentro deste contexto, o presente trabalho tem como objetivo examinar o embate entre as duas teses acima expostas no momento da extinção dos contratos de promessa de compra de imóveis residenciais na planta. Indaga-se se as consequências do inadimplemento do proeminente comprador, devido a sua incapacidade de pagar o saldo devedor quando da entrega do imóvel, devem ser relegadas à vontade das partes, expressa no distrato, ou à intervenção do Estado, expressa pelo Código de Defesa do Consumidor.

O trabalho está estruturado da seguinte forma: Inicialmente são apresentados alguns pontos relevantes sobre o processo de incorporação imobiliária, incluindo a sua evolução, o processo da incorporação do ponto de vista prático, o seu marco legal, a compra e venda na planta de unidades habitacionais e os indicadores econômicos do mercado imobiliário brasileiro na última década.

Na sequência, é apresentada uma breve discussão entre a autonomia privada e o mercado habitacional; discute-se, em seguida, o mecanismo do distrato no contrato de compra e venda de imóvel na planta, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e os efeitos da presença de cláusulas abusivas neste tipo de contrato.

Por fim, são apresentados julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, escolhido por representar o maior mercado imobiliário do Brasil, além do grande número de ações judiciais referente o assunto em pauta, com centenas de decisões prolatadas, tanto em 1ª como em 2ª instância, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e, para finalizar, as discussões atuais sobre a criação de uma legislação definitiva sobre o tema de forma que se possa dar fim ao embate judicial entre os atores desta complexa relação consumerista.

2. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O MERCADO IMOBILIÁRIO BRASILEIRO

2.1. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA BRASILEIRO

A partir dos anos 30 do século XX, o Brasil passava por profundas transformações econômicas e sociais. O país iniciava o seu processo de industrialização e como consequência surgia um intenso movimento migratório das populações rurais para os grandes centros urbanos.

A necessidade de moradia para esse imenso contingente de famílias provocou uma ocupação desordenada do espaço urbano disponível nas grandes cidades⁷. Acompanhando esse fenômeno, surge a necessidade de criações de políticas públicas que permitam a ocupação racional dos espaços urbanos, bem como programas de oferta de moradias em massa para suprir o imenso déficit de habitações populares nos centros urbanos.

Em 1964, através da Lei nº 4.380/1964 de 21 de agosto é criado o Plano Nacional de Habitação, sendo instituída a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social. O sistema financeiro, para a aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional de Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo⁸, formando o Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Estimulado pelas políticas públicas de incentivos fiscais, começam a surgir no mercado as grandes incorporações imobiliárias, voltadas a construção em massa de unidades habitacionais em condomínios compostos de edifícios residenciais e conjuntos populares.

Assim, com o estímulo governamental, através de recursos provenientes do SFH, se constrói no Brasil milhares de unidades residenciais, sendo as vendas, na sua maioria, realizadas na “planta”. Entretanto, a partir dos anos 80, o país entra em

⁷ SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 3ª Ed. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 69.

⁸ BRASIL. **Lei nº 4.380/1964, de 21 de agosto de 1964**. Dispoe sobre a criação do Sistema Nacional de Habitação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de Agosto de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4380.htm> acesso em 13.jul.2017.

⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Desafios do desenvolvimento**: Anos 1980, década perdida ou ganha?. Ano 9. Edição 72, 15 de jun., 2012

um ciclo de desaceleração econômica, com forte intervenção estatal na economia, através da criação de planos econômicos desastrosos, resultando em baixo crescimento econômico, altas taxas de inflação, desemprego em massa e uma forte redução do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. Tal fenômeno ficou conhecido como a “Década Perdida”⁹

Como tanto outros setores da economia, o segmento da construção civil mergulhou em uma grande crise provocada pela redução significativa dos créditos às construtoras e incorporadoras, provenientes do SFH. O setor só vai começar a se recuperar a partir da metade dos anos 90, com a estabilização da economia, redução das taxas inflacionárias e a implementação do Plano Real criado pela lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995¹¹. Com a melhora de todos os índices econômicos, a construção civil entra novamente em um novo ciclo de crescimento, que começa nos primeiros anos do Século 21, favorecido pelas políticas de redução das taxas de juros, créditos abundantes, pleno emprego e o fortalecimento do Sistema Financeiro de Habitação, alcançando seu apogeu por volta de 2012.

Pesquisa encomendada pela Associação Brasileira de Incorporados (ABRAINC), junto À Fundação Getúlio Vargas (FGV), apresenta dados reveladores sobre a importância da construção civil no cenário econômico brasileiro na última década¹⁰.

O estudo elaborado pela FGV lista os principais fatores que contribuíram de forma decisiva para a sustentação do ciclo de crescimento experimentado pelo setor da construção civil durante os últimos dez anos: aumento substancial da parcela de recursos da poupança direcionada ao financiamento habitacional no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, através da resolução de nº 3.005 de 2002 e a de nº 3.073 de 2003, ambas do Banco Central do Brasil; desoneração tributária do setor, favorecendo a redução dos custos de construção, reestruturação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o fortalecimento do marco regulatório sob a ótica dos investidores, com a promulgação da Lei nº 10.931, de 2004, que entre outras coisas, instituiu o regime de afetação para a incorporação, criando um

¹⁰ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. **Impactos dos Investimentos em Habitação sobre a Economia do Brasil** mar2014. Disponível em :<<http://abrainc.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Estudo-FGV-completo-Evento-Abrainc.pdf>>. Acesso em: 10/07/2017.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 9.069, de 29 de julho de 1995**. Dispõe sobre o Plano Real e o sistema Monetário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9069.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

mecanismo capaz de proteger juridicamente o comprador do imóvel na planta contra possíveis problemas financeiros que porventura as construtoras poderiam vir a enfrentar durante a construção do empreendimento imobiliário¹⁴.

Os resultados das medidas descritas acima podem ser vistos na figura 1. O estudo mostrou que com o aumento dos recursos provenientes da poupança e do FGTS, o número de unidades contratadas superaram a marca de um milhão de unidades no período entre 2010 e 2011, sendo que no período compreendido entre 2003 e 2011, o número de unidades financiadas pelo Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo – SBPE teve um acréscimo de 13 vezes.

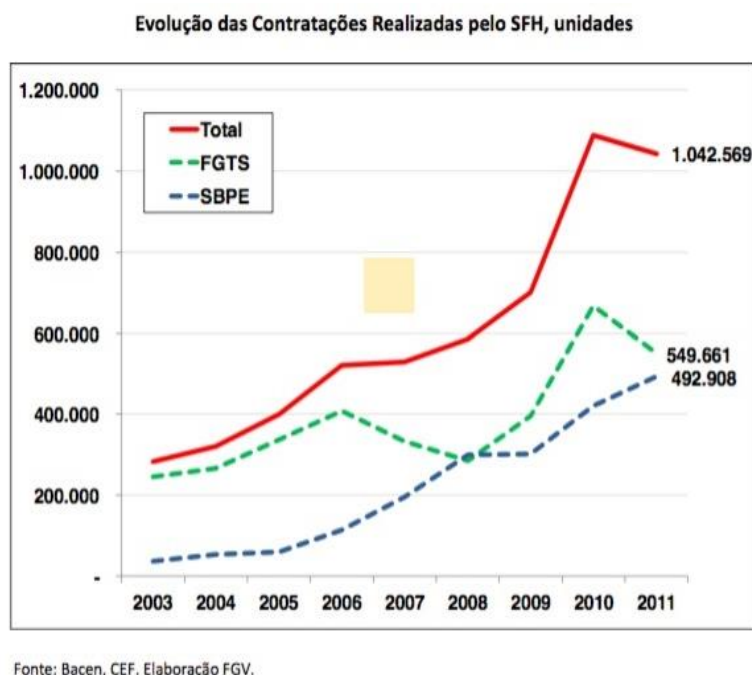


Figura 1 – Unidades residenciais financiadas pelo SFH

O forte crescimento do setor, segundo a pesquisa, fez com que o ramo da construção civil chegasse em 2011 a contribuir com um percentual de 8.9% para a composição do PIB Nacional, conforme mostrado na figura 2. Já em 2013, este percentual sofre uma redução da ordem de quase 3 %, passando ao patamar de 6

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de Março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

%, conforme dados IBGE, já trazendo os primeiros reflexos da crise que o setor passou a enfrentar a partir de 2013 com o agravamento da crise econômica.

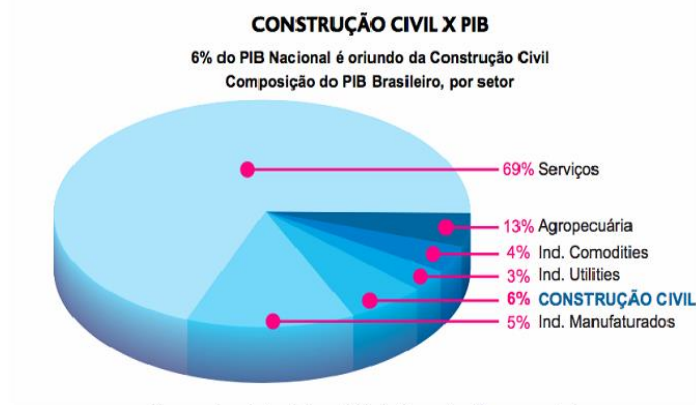


Figura 1 – Contribuição do setor da construção civil - PIB 2013

2.2. LEGISLAÇÃO REGULATÓRIA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

As atividades da incorporação imobiliária vão ser reguladas por um conjunto de normas especiais e gerais que irão reger os contratos celebrados para a comercialização das unidades habitacionais. Tal regulação vai se dar através de um diálogo entre as fontes normativas da Lei de Incorporação, Lei nº 4.591/1964, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e a Lei do Patrimônio de Afetação, Lei nº 10.931/2004, conforme a natureza da relação jurídica, de direito comum ou de consumo.

A primeira legislação no sistema jurídico Brasileiro, tratando da incorporação imobiliária, é dada pelo Decreto nº 5.481 de 25 de junho de 1928¹⁶, que dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares.

¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928.** Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de junho de 1928. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/1910-1929/DF481.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Em 1964, é promulgada a Lei nº 4.591/1964¹⁷, representando um verdadeiro marco jurídico na regulação do condomínio e da incorporação imobiliária no Brasil. Em 1965, é editado o Decreto nº 5.581, de 8 de março¹⁸, estabelecendo normas para a escrituração de registros previstas na Lei nº 4.591. Ainda no mesmo ano, entra em vigor a Lei nº 4.728, de 14 de julho¹⁹, disciplinando o mercado de capitais e estabelecendo medidas para o seu desenvolvimento e a Lei nº 4.864, de 29 de novembro²⁰, criando incentivos a construção civil.

No ano de 2001, é editado a Medida Provisória Nº 2.221, que vai ser revogada pela lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004²¹, que dispõe sobre o patrimônio de afetação de Incorporações Imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, e altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A lei nº 4.591/1964 foi promulgada em 16 de dezembro de 1964 e é o diploma legal que regula as atividades sobre o condomínio em edificações e as Incorporações Imobiliárias²², sendo essas últimas reguladas a partir do artigo 28.

As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei, e de acordo com seu parágrafo único, traz o conceito da atividade:

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de Março de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 5.815, de 8 de março de 1965.** Estabelece normas para a escrituração dos registros criados pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre condomínio e incorporações imobiliárias, no Registro Geral de Imóveis. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 de Março de 1965. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=169028&norma=187582>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.** Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em: 13 jul de 2017

²⁰ BRASIL. **Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965.** Cria medidas de estímulo à indústria de construção civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de novembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4864.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017

²¹ BRASIL. **Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 de agosto de 2004.

²² BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Art.28 - Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações, ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

A atividade da incorporação imobiliária tem como figura central o incorporador do empreendimento. Tal sujeito desempenha um papel estratégico dentro do negócio, uma vez que ele é responsável não somente pela idealização do negócio, mas também pelo levantamento dos recursos financeiros necessários para a construção e comercialização do empreendimento, além da devida legalização no Registro de Imóveis, após o termino da obra²³.

A lei de incorporação contempla no seu artigo 29 a definição do incorporador:

Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas (Vetado), em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominal, ou que meramente aceita propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluída.

Em relação àqueles que podem exercer as atividades de incorporação, a lei contempla, no seu artigo 31, as seguintes figuras:

- a) o proprietário do terreno, ou promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do artigo 32;
- b) o construtor, como tal, engenheiro civil, ou corretor de imóveis

Com a promulgação da Lei nº 10.931, a lei nº 4.591 é alterada através da inclusão do artigo 31-A, que trata do Patrimônio de Afetação, de forma que o regime de afetação patrimonial na incorporação imobiliária é finalmente normatizado:

²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 238.

Art.31- A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos.

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

Uma das principais características da atividade imobiliária diz respeito a como se desenvolve o processo de comercialização das unidades residenciais. Primeiro, é necessário cumprir a exigência de registro do memorial de incorporação no cartório de imóveis²⁴ previsto taxativamente no artigo 32, da referida lei.

Por sua vez, tratando das obrigações e direitos do incorporador, a Lei estabelece, no artigo 32, uma série de exigências documentais ao longo das suas quinze alíneas e doze parágrafos. Satisfeitos tais requisitos, as incorporadoras estão aptas a fazerem o lançamento comercial do empreendimento.

Com relação às obrigações, a Lei determina de forma taxativa como requisito imprescindível para o incorporador dar início às negociações das unidades autônomas, realizar o arquivamento de todos os documentos elencados nas alíneas do art. 32 da respectiva Lei no cartório competente do registro de imóveis após análise do oficial de registros.

Tratando dos direitos do incorporador, o legislador ainda altera o parágrafo 2º da lei 4.591, tornando os contratos irretratáveis através da seguinte redação:

§ 2º - Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. Cit. p. 249.

2.3. O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA

O contrato de incorporação imobiliária é aquele em que o incorporador se obriga a promover, pessoalmente ou através de terceiros, a construção de unidades imobiliárias compostas de unidades autônomas, com o objetivo de transmitir a propriedade das unidades construídas aos respectivos adquirentes. Em contrapartida, estes restam obrigados a pagar o preço pactuado das unidades que se comprometeram a adquirir, em geral pagos em parcelas²⁵.

Dessa forma, o contrato de incorporação cria obrigações recíprocas entre as partes, uma vez que obriga o incorporador a entregar a unidade prometida como contraprestação do preço que o contratante se obrigou a pagar. Por outro lado, trazendo a função da incorporação imobiliária enquanto negócio jurídico, segundo CHALHUM²⁶, o mesmo pode ser definido como:

“O negócio jurídico da incorporação tem como causa a produção de um bem imóvel e a constituição de um direito de propriedade, promovendo a mutação do direito de propriedade incidente sobre o terreno num outro direito de propriedade, que terá com objeto unidades autônomas assentadas em planos horizontais sobre este terreno, fragmentando a propriedade do terreno em frações ideais, que passaram a incidir também sobre as partes da edificação que tem vocação para a propriedade comum. Essa é a causa do negócio jurídico da incorporação: a constituição de direito de propriedade sobre edificações coletivas, através de frações ideais, bem como sobre as unidades imobiliárias integrantes dessa edificação, atribuindo o direito sobre essas unidades àqueles que, nos termos dos respectivos títulos vierem a se tornar titulares de direito de propriedade sobre elas”.

Ainda na mesma linha, o autor entende a incorporação imobiliária como o negócio jurídico por meio do qual recursos financeiros são angariados pela venda

²⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação Imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v.36, n. 75, .p 167-198, jul-dez, 2013. p. 168.

²⁶ *Ibidem*. p.103.

das unidades imobiliárias de um edifício em construção, a fim de concluir a edificação, é, por conseguinte, individualizar e discriminar as unidades autônomas²⁷.

Após a aprovação por partes dos órgãos públicos responsáveis pela liberação do empreendimento imobiliário, as incorporadas iniciam o processo de vendas das futuras unidades habitacionais através da celebração entre as partes de um contrato de promessa de compra e venda, podendo ser entendido, por sua vez como uma espécie de contrato em que uma pessoa física ou jurídica, denominada promitente ou compromitente vendedora, se obriga a vender a outra, denominada promissária, compromissária ou promitente compradora, bem imóvel que será entregue futuramente.

Antes de analisarmos especificamente o negócio jurídico da promessa de compra e venda, discutiremos brevemente aspectos relacionados ao contrato de compra e venda por ser um dos instrumentos mais eficazes para a circulação de riquezas, tendo importância fundamental na estabilidade social e econômica da sociedade contemporânea, estando presente no cotidiano das pessoas, como um fato usual, simples e extremamente corriqueiro.

De acordo com FARIAS e outro, o contrato de compra e venda visto como figura jurídica usual e corriqueira, deve ser compreendido a partir do realce emprestado às duas condutas humanas correlatas que neles estão presentes: de um lado, a obrigação de uma das partes pagar uma determinada quantia em dinheiro, e, a outro giro, o dever da contraparte de transferir o domínio de uma determinada coisa²⁸. Ou de outro modo, um negócio jurídico pelo qual uma das partes assume a obrigação de transferir o domínio de algo, mediante pagamento de um valor pecuniário²⁹.

Por sua vez, GOMES, na mesma linha, entende que a compra e venda é um contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente³⁰.

²⁷ CHALHUB, Melhim Namem. Ob. Cit. p. 103.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 643.

²⁹ *Ibidem*. p. 644.

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 265.

No nosso ordenamento jurídico, o contrato de compra e venda no Código Civil de 2002, vai ser tratado no Capítulo I da seção I (arts. 481 a 532).

De acordo com o art. 481, do Código Civil de 2002, temos:

Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Assim, nosso sistema jurídico, atribui expressamente caráter obrigacional à compra e venda, negando-lhe eficácia translativa de propriedade diferentemente de outros sistemas jurídicos, no qual a compra e venda é suficiente para que ocorra a transferência da propriedade, produzindo, assim eficácia real³¹.

Por sua vez, a aquisição da propriedade somente se concretiza com a tradição, de acordo com o art. 1.267 e para imóveis, somente mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis, segundo o art. 1245, ambos do Código Civil de 2002.

Para a doutrina, o contrato de compra e venda é um negócio jurídico sinalagmático, consensual, oneroso, formal e de execução diferida³².

É sinalagmático porque o mesmo origina obrigação concomitantemente a ambas as partes no sentido de uma obrigação ser a causa da outra. Assim, a bilateralidade da compra e venda emana de duas obrigações, ao mesmo tempo principais e mutuamente correlatas, nas quais tanto quem entrega a coisa como que recebe o preço percebem na prestação do outro uma compensação suficiente à sua própria prestação³³.

É típico, por ser regido por lei específica, devendo ser obrigatoriamente observada, sob pena de descaracterizar a sua natureza contratual. É consensual, porque basta a simples anuência de ambas as partes para produção dos respectivos efeitos. Forma-se *solo consenso*, mediante a integração de duas ou mais declarações de vontade, sem qualquer exigência adicional³⁴.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op.Cit. p. 645.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*. p. 646.

³⁴ *Ibidem*. p. 647.

É oneroso, porque gera vantagens e sacrifícios para ambas as partes, o que fazem assumindo encargos recíprocos. É comutativo, pois existe equivalência entre as prestações das duas partes contratantes³⁵. É solene, porque sua validade depende da observância da forma disposta em Lei, além de requisitos obrigatórios tais como: registro do memorial de incorporação e o registro do instrumento de alienação junto ao Registro Geral de Imóveis, quando se tratar de venda de imóveis na planta. Por fim, a execução do contrato não se dá logo após sua conclusão, sendo, de execução diferida.

Por sua vez, o contrato de promessa de compra e venda é uma das modalidades de contrato bastante utilizado no mundo do negócio imobiliário. Ao contrário do contrato de compra e venda, o mesmo é definido como uma espécie de contrato preliminar pelo qual as partes, ou uma delas, comprometem-se a celebrar futuramente o contrato definitivo de compra e venda.

A promessa de compra e venda têm diferentes denominações: compromisso de compra e venda, contrato preliminar de compra e venda, promessa bilateral de compra e venda. O atual código civil utiliza o termo promessa de compra e venda no art. 1.417, mas também pode ser adotado o termo compromisso de compra e venda, nos termos do art. 25 da Lei n. 6.766/79.

Para AGHIARIANI³⁹, o contrato de promessa de compra e venda pode ser definido como:

“Ato bilateral, sinalagmático, comutativo, por regra, pré-constituente da obrigação de vender. A doutrina identifica a promessa de compra e venda como pré-contrato ou contrato preliminar, em que as partes se obrigam, simplesmente, a fazer, futuramente, o contrato principal de compra e venda, postergado ao implemento das condições determinadas naquele”.

No entendimento do GOMES⁴⁰, este tipo de negócio jurídico pertence à categoria dos contratos preliminares, podendo ser definido como:

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit . p. 649.

³⁹ AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 128.

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 239.

Costuma-se defini-lo como o contrato pelo qual as partes constrairiam a obrigação de estipular contrato definitivo de compra e venda. Consistiria a obrigação característica dos contraentes em consentir na realização de novo contrato. Não visariam, ao celebrá-lo, modificar diretamente sua efetiva situação, mas, apenas criar a obrigação de um futuro *contrahere*. Com semelhante contextura, seria contrato autônomo, distinguindo-se do contrato definitivo de compra e venda pela peculiaridade de seu conteúdo: em futura estipulação contratual. Ainda nos sistemas jurídicos que atribuem à venda efeitos unicamente obrigacionais, como o nosso, a independência e distinção dos dois contratos, a preliminar e o definitivo, conservar-se-iam inequivocamente, porquanto não se confundem, as obrigações típicas que originam. Em um, a promessa recíproca de contratar; no outro, a obrigação de transferir a propriedade do bem vendido e, correlatamente, a de pagar o preço. Somente a venda modificaria a situação patrimonial existente, como contrato definitivo resultante de novo consentimento das partes do contrato de promessa, dado como outra expressão da vontade negocial.

Ao longo do tempo, os contratos de promessa de compra e venda vêm sendo objeto por parte do legislador de sucessivas alterações nas normas que os regem. O mesmo ingressou em nosso sistema legal através do Decreto-Lei nº 58/27, gerando um grande impacto social através do seu desenvolvimento e devido a sua relevância para sociedade, principalmente para classe média, pois facilitou a aquisição de bens imóveis.

Todavia, o regime instituído pelo decreto-Lei n. 58/37 só se aplicava aos imóveis loteados, dessa forma surgiu posteriormente a Lei n. 649, de 11 de março de 1949, que alterou o art. 22 do aludido Decreto-Lei n. 58/37, estendendo as proteção aos imóveis não loteados.

Posteriormente surgiu a Lei n. 6.766⁴¹, de 19 de dezembro de 1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), e derogou o Decreto-Lei n. 58/37 que atualmente se aplica apenas aos loteamentos rurais. Essa lei também inovou ao elencar em seu art. 25 que “São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e,

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 6766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6766.htm>. Acesso em: 10 outubro. 2017.

estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros". (BRASIL, Lei n.6.766,19 1979).

Levando-se em conta o imóvel não loteado, o direito de arrepender-se é irretratável e irrevogável, sendo um ato lícito que cabe as partes acordarem, e com isso, afastar a constituição do direito real. Esse raciocínio é compartilhado por vários doutrinadores, entre eles o Nelson Nery Júnior⁴²

Por fim, com a vigência do novo Código Civil de 2002, foram então introduzidas inovações no respectivo instituto, através dos art. 1.417 e 1.418, que tratam do direito do promitente comprador, a saber:

Art. 1.417 – Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrado por instrumento público ou particular, e registrado no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art 1.418 – O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar: e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Para FIGUEIRA JR, o instituto jurídico da promessa de compra e venda, contemplada no CC de 2002, decorrente da lavratura do instrumento público ou particular celebrado entre as partes, devidamente registrado no Registro de Imóveis, não confere ao promitente comprador direito real, equiparável ao direito de propriedade. O que ocorre, segundo o autor, é a existência de um novo direito real, voltado a garantir efetivamente, aquele que se compromete a adquirir um imóvel em face do promitente vendedor. Na verdade, trata-se de direito de aquisição para o futuro⁴³.

Outra característica do contrato de promessa de compra e venda é que o mesmo preenche todos os requisitos de um contrato de adesão, pelo fato de que o mesmo apresenta os três atributos desse tipo de contrato: predisposição das

⁴² NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. 8. Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

⁴³ SILVA, Regina Beatriz Tavares e (coord.). **Código Civil Comentado**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2010. p. 1379.

cláusulas, unilateralidade e rigidez. Ou seja, as cláusulas contratuais são determinadas a priori pela incorporadora, ficando restrito ao adquirente uma pequena margem de negociação, como: forma de pagamento e data de vencimento das parcelas.

Para BESSA⁴⁴, não resta dúvida que este tipo de contrato é tipicamente de adesão. Nas suas palavras:

A circunstância de estarmos diante de um contrato de adesão, cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor- é, por si só, indicadora de desequilíbrio entre as partes. Nesta espécie de contrato, a vontade do consumidor não tem qualquer expressão, cabendo-lhe apenas optar pela assinatura ou não do documento “pronto e acabado. Ao se decidir pela não celebração do contrato, ele ficará surpreso em perceber que todos os fornecedores de determinado setor utilizam praticamente as mesmas cláusulas. Este é o cenário encontrado por aquele que deseja adquirir um imóvel na planta.

Um contrato típico de promessa de compra e venda de imóveis na planta. Usualmente é composto de duas partes: A primeira, denominada quadro resumo, é destinado a qualificação das partes, características do imóvel, preço e condições de pagamento, prazo para conclusão e previsão de entrega. Na segunda parte, constam as chamadas Condições Gerais, através de cláusulas previamente posta pelo vendedor, sem qualquer margem de negociação por parte do comprador.

2.4 O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DE UNIDADES RESIDENCIAIS

O processo de incorporação é um negócio altamente complexo, envolvendo inúmeras etapas, formando uma verdadeira rede contratual, que segundo Leonardo Rodrigo Xavier, pode ser assim conceituada: “Entende-se por redes contratuais a coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um

⁴⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. O contrato de incorporação imobiliária e os direitos do consumidor. *In: Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 42-60, mar./maio 2000. p. 44.

articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático⁴⁵. A figura 3, descreve o modelo típico de um ciclo de um projeto de incorporação imobiliária.

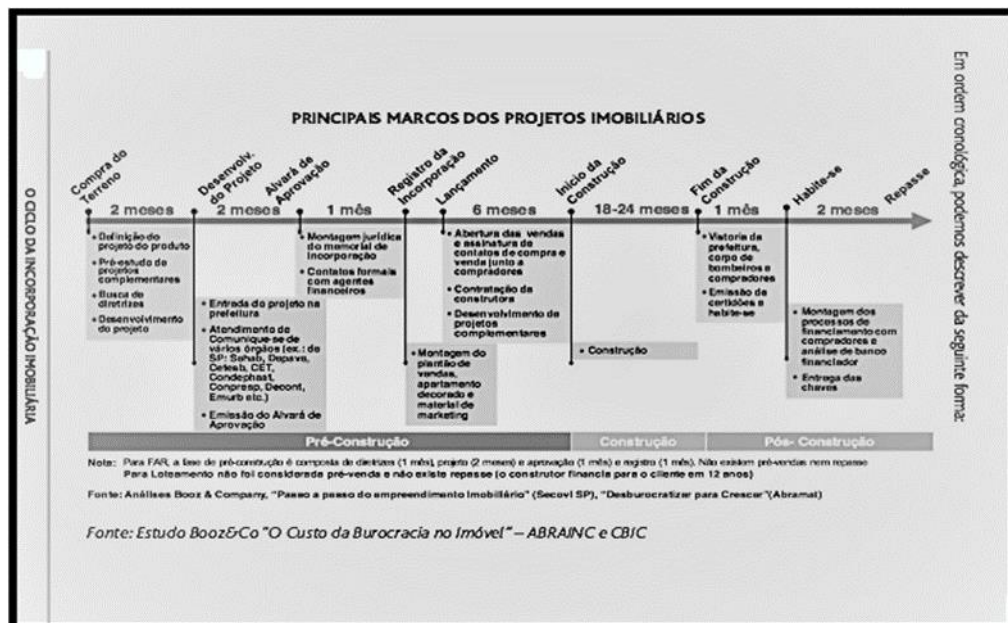


Figura 3 – Ciclo de um empreendimento imobiliário

Como podemos verificar na fig. 3, o ciclo se inicia com a compra do terreno onde será construído o futuro empreendimento residencial. Nessa primeira fase, concentra-se o desenvolvimento e elaboração do projeto técnico de engenharia. Após o seu término, o projeto é submetido aos órgãos de licenciamento do município, visando a obtenção do respectivo alvará de construção. Com sua aprovação, se elabora o memorial jurídico do processo de incorporação, e, concomitantemente, se negocia com os agentes financeiros.

Após o registro do memorial de incorporação, o agente está apto a iniciar as vendas das unidades residenciais antes mesmo do início da construção do empreendimento imobiliário. No jargão popular, tal atividade é conhecida como: venda de imóvel na planta⁴⁷.

⁴⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2004. p.137.

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. Cit. p. 233.

A abertura da lei possibilitando a venda dos imóveis antes do início da construção do empreendimento residencial proporciona ao incorporador uma forma de autofinanciamento da obra, através dos pagamentos realizados pelos adquirentes das unidades habitacionais⁴⁸ durante o período de construção.

O lançamento comercial do empreendimento dá-se por intermédio de ações de marketing, através de ampla divulgação em diferentes mídias, com apresentação de maquetes e plantas baixas e principalmente em “stand” de vendas, montadas com apartamentos extremamente bem decorados, com o objetivo de atrair os futuros compradores.

Conforme ilustra a fig. 3, o início da construção geralmente se dá em regra seis meses após o lançamento comercial do empreendimento. Nessa etapa, ocorre a abertura de venda e assinatura dos primeiros contratos de promessa de compra e venda das futuras unidades residenciais. Em seguida, tem-se o início da construção, que em média dura entre dois a três anos até a obtenção do habite-se.

Com a obtenção do habite-se, o ciclo se fecha, tendo início as negociações para a concessão de financiamento imobiliário pelos agentes financeiros autorizados pelo Banco Central. Usualmente, os dois sistemas mais utilizados são o Sistema Financeiro de Habitação (SFH)⁴⁹ e o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI)⁵⁰.

No sistema de operação de financiamento realizado pelo SFH, estão incluídos todos os financiamentos oriundos de recursos provenientes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos – SBPE e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS⁵¹, inclusive os empreendimentos do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV⁵². Por sua vez, as operações de financiamento SFI têm como uma

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 2ª vol, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 13.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 4.380/1964, de 21 de agosto de 1964**. Dispõe sobre a criação do Sistema Nacional de Habitação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de agosto de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4380.htm> acesso em 13.jul.2017.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de novembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9541.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de Maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de maio de 1990. Disponível no link: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8036consol.html.

⁵² BRASIL. **Lei nº 11.977, de 07 de Julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 de julho de 2009. Disponível no link: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm.

das suas características a livre negociação entre as partes, sendo suas operações do financiamento imobiliário realizadas, segundo condições de mercado e observando as prescrições legais, além de serem pactuadas livremente pelas partes.

2.5 INDICADORES ECONÔMICOS DO MERCADO IMOBILIÁRIO

Com a conclusão da obra e a obtenção do respectivo habite-se, tem-se início a última etapa do ciclo do empreendimento, que compreende o financiamento do saldo devedor, pelo promitente comprador, através dos agentes financeiros credenciados juntos ao SFH e SFI. Usualmente, o percentual de financiamento do saldo devedor pode chegar até a 90 % do valor do imóvel, com prazo de amortização de até 35 anos e taxas de juros anuais entre 10% a 13%, percentual este definido de acordo com o valor do saldo devedor financiado⁵³.

Cumpridos todos os requisitos para obtenção do financiamento junto ao agente financeiro, ocorrerá a liberação do valor pleiteado. O comprador finaliza o negócio junto à incorporadora com a quitação integral do restante da dívida, sendo, então, celebrado o contrato definido de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária, introduzida pela lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997⁵⁴, agora tendo como credor o agente financeiro.

Por sua vez, a propriedade fiduciária vai ser garantida com o Registro, no respectivo cartório de registro de imóveis, do contrato que lhe serve de título, tornando o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto. O fiduciante, ou credor, no caso o agente financeiro permanece como proprietário do imóvel.

Dentro do ciclo do empreendimento imobiliário conforme descrito na fig.3, o prazo para a entrega das chaves, após a celebração do contrato de promessa de compra e venda usualmente é de dois a quatro anos.

⁵³ CAIXA Econômica Federal. **Aquisição de Imóvel Novo**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/financiamento/aquisicao-imovel-novo/Paginas/default.aspx>>

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de novembro de 1997. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9541.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Antes do início da crise econômica, o setor de construção civil lançou no mercado milhares de empreendimentos imobiliários, para as diferentes faixas de renda salarial, dentro de um modelo de negócio de vendas baseado nas promessas de compra e venda de caráter irrevogáveis e irretratáveis, tendo como lastro a lei de incorporação imobiliária.

Estimulados pelas altas taxas de empregabilidade, crédito abundante, melhoras dos índices de confiança e bombardeados diariamente por propagandas nos meios de comunicação de massa, alardeando a possibilidade da realização do sonho da compra da casa própria, os brasileiros de todas classes sociais, vão às compras, assinando milhares de contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta.

A partir de 2011, a economia brasileira começou a entrar em recessão, alterando profundamente o contexto econômico de prosperidade experimentado até então. Com o agravamento da crise, o desemprego cresce em taxas alarmantes, aumentam-se os juros e os créditos bancários, até então abundantes, se tornam escassos. Com isso, os agentes financiadores ficam mais exigentes em relação à aprovação dos financiamentos.

Dentro deste cenário, ao ser chamado para cumprir o contrato pactuado pela promessa de compra e venda, assinados preteritamente, milhares de brasileiros atingidos pela crise econômica se viram incapazes de honrar com os compromissos assumidos juntos aos vendedores.

Como consequência, o que se observou foi um aumento sem precedente do inadimplemento, levando a extinção dos contratos de compra e venda das unidades futuras ou em construção, além de impactar fortemente os fluxos financeiros das incorporadoras, lançando o setor em uma crise que pendura até o presente.

A seguir, são apresentados os principais indicadores do Mercado Imobiliário Brasileiro, mostrando em detalhe o comportamento do setor no período compreendido entre os anos de 2014 até o primeiro quadrimestre do ano de 2017. Os dados compreendem as unidades habitacionais lançadas, as vendas efetuadas, as unidades entregues e as unidades disponíveis para a venda.

Os dados são da Associação Brasileira de Incorporadoras (ABRAINC)⁵⁵, sendo o estudo feito pela fundação Instituto de Pesquisa Econômica (Fipe)⁵⁶, desenvolvidos e calculados com base em informações disponibilizadas pelas incorporadoras associadas.

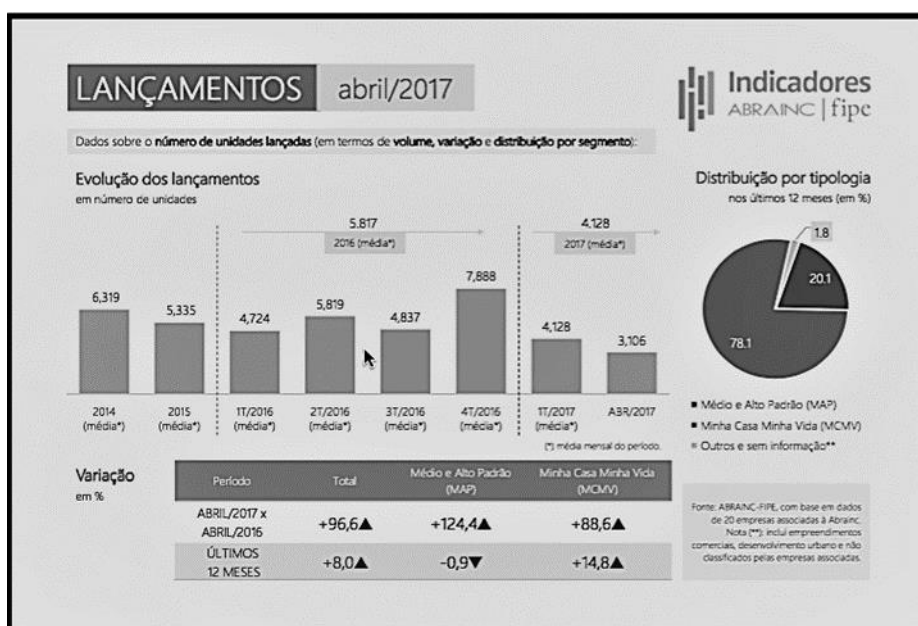
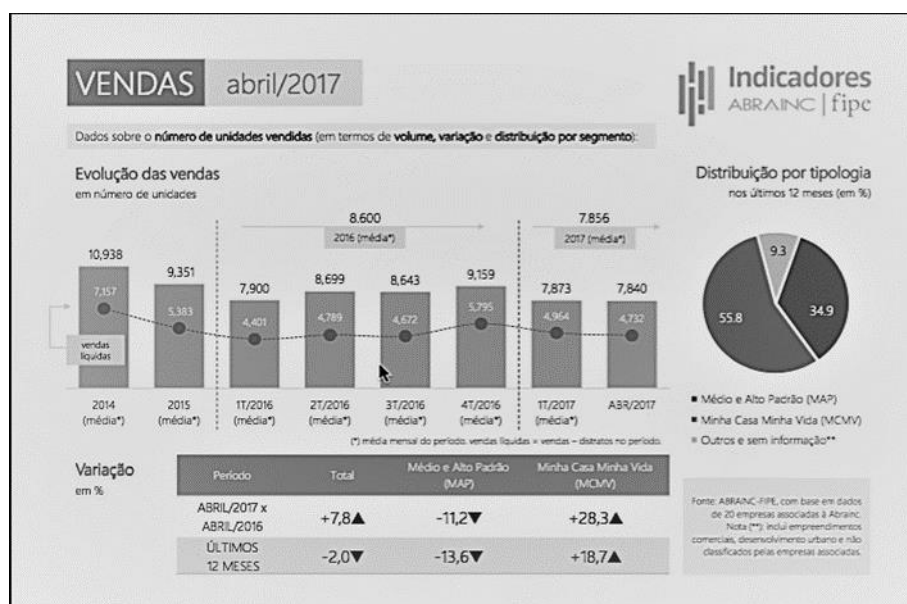


Figura 4 – Lançamento de unidades residenciais 2014-2017



⁵⁵ ASSOCIAÇÃO Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC. **Informe de junho de 2017:** análise de abril de 2017. Disponível em: <<http://abrainc.org.br/wp-content/uploads/2017/07/press-release-indicadores-julho-2017.pdf>>. Acesso em 19 de jul.2017.

⁵⁶ Metodologia completa pode ser acessada em www.fipe.org.br e www.abrainc.org.br.

Figura 5 - Número de Unidades Vendidas: 2014 – 2017

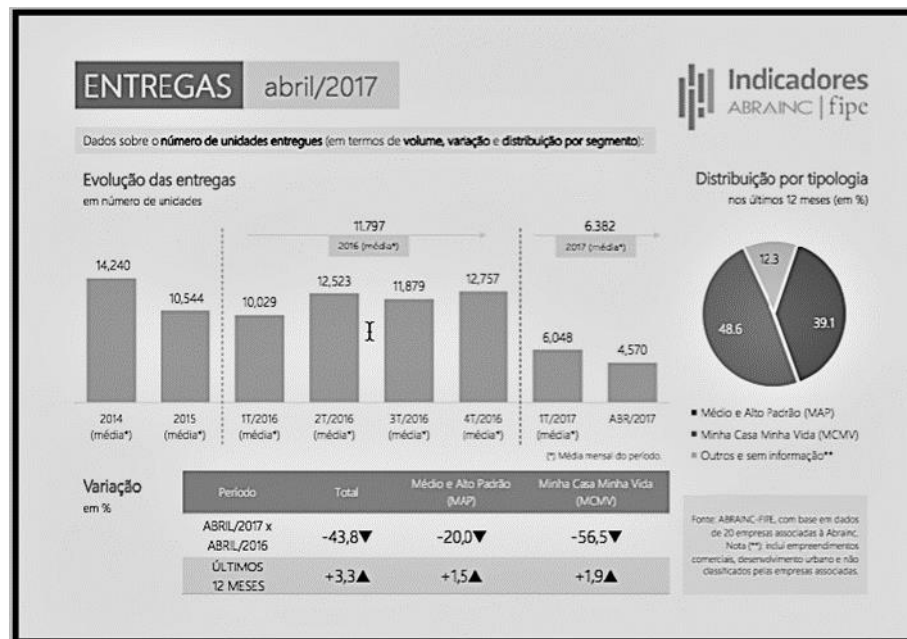


Figura 6 - Nº de Unidades Entregues: 2014-2017

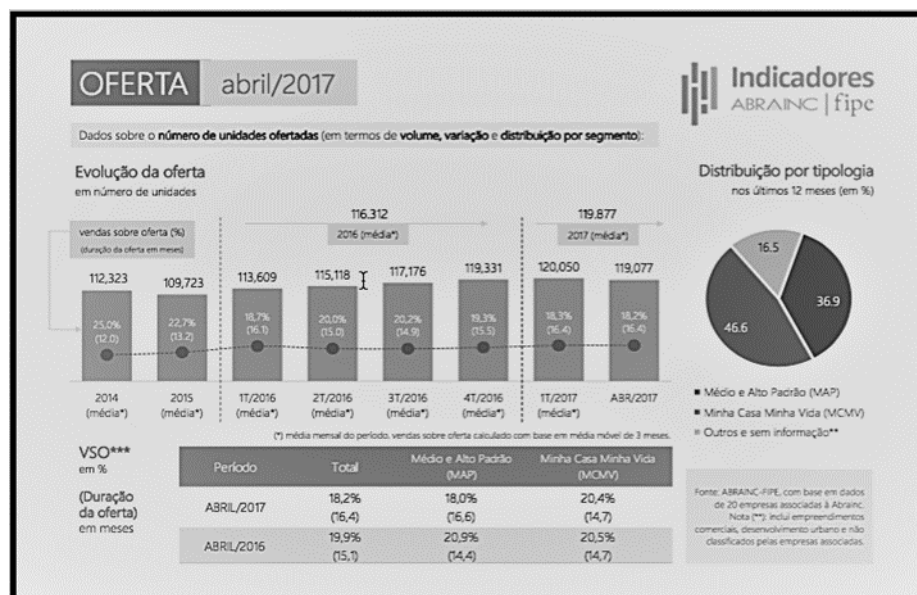



Figura 7 - Nº de Unidades Disponíveis no mercado – 2014-2017

Na tabela abaixo, são apresentados os dados consolidados, incluindo, agora, o quantitativo dos distratos ocorridos e as vendas líquidas do setor desde 2014.

APÊNDICE

abril/2017


Indicadores
ABRAINC | fipec

Dados consolidados (em termos de volume, variação e distribuição por segmento):

Total	Período	Lançamentos	Vendas	Entregas	Distratos	Oferta	Vendas Líquidas	Distratos/Vendas	VSO trimestral	Duração Oferta	
		(em unidades)					(em %)			(em meses)	
Volume	abril/2017	3.106	7.840	4.570	3.108	119.077	4.732	39,6	18,2	16,4	
	acumulado 2017	15.489	31.459	22.713	11.834	119.807	19.625	37,6	18,3	16,4	
	últimos 12 meses	69.540	103.686	126.062	41.334	118.425	62.352	39,9	19,3	15,6	
	total 2016	69.803	103.203	141.562	44.233	116.308	58.970	42,9	19,6	15,4	
	total 2015	64.026	112.206	126.524	47.616	109.723	64.590	42,4	22,7	13,2	
		total 2014	75.833	131.251	170.884	45.372	112.323	85.880	34,6	25,0	12,0
Total	Período	Lançamentos	Vendas	Entregas	Distratos	Oferta	Vendas Líquidas	Distratos/Vendas	VSO trimestral	Duração Oferta	
		(em %)					(em pontos percentuais)				
Variação	abril/2017 x abril/2016	+96,6▲	+7,8▲	-43,8▼	-26,6▼	+5,4▲	+55,7▲	-18,6▼	-1,6▼	+1,3▲	
	acumulado no ano (2017 x 2016)	-1,7▼	+1,6▲	-40,6▼	-19,7▼	+5,6▲	+20,8▲	+8,5▲	-1,1▼	+1,0▲	
	últimos 12 meses	+8,0▲	-2,0▼	+3,3▲	-12,0▼	+7,0▲	+6,1▲	-4,6▼	-2,0▼	+1,4▲	
Total	Período	Lançamentos	Vendas	Entregas	Distratos	Oferta					
		(em %)									
Distribuição por tipologia (últimos 12 meses)	Médio e Alto Padrão (MAP)	20,1	34,9	39,1	44,6	36,9					
	Minha Casa Minha Vida (MCMV)	78,1	55,8	48,6	31,4	46,6					
	Comercial	0,7	2,2	8,7	4,8	7,4					
	Desenvolvimento urbano	1,0	2,0	3,0	3,6	1,6					
	Sem informação*	0,0	5,1	0,5	15,5	7,5					

Fonte: ABRAINC-FIPE, com base em dados de 20 empresas associadas. (*) Inclui empreendimentos não classificados pelas empresas associadas.

Tabela 1 – Dados Consolidados do Mercado Imobiliário entre 2014-2017

Em termos de volume, os dados apresentados na tabela 1 apontam uma diminuição contínua das vendas líquidas no período considerado, passando de 85.880 unidades em 2014, para 64.590 em 2015 e 58.978 em 2016. Variação esta da ordem de 32 % em um período de apenas 03 (três) anos.

Na parte inferior da tabela, são apresentados dados do comportamento do mercado referentes aos últimos 12 meses, considerando os segmentos residenciais do tipo: empreendimentos residenciais de Médio e Alto Padrão (MAP) e do programa Minha Casa Minha Vida (MCMV).

Para empreendimentos do tipo MAP, a participação no mercado responde por 20,1% do total de unidades lançadas, 34,9 % em vendas e 39,1% em entregas aos compradores. A relação entre distrato e venda alcança um percentual da ordem de 50,9%. Em relação aos empreendimentos do tipo MCMV, os índices são 78,1% para lançamentos, 55,8 % em vendas, 48,6 % em entregas e um percentual de 22,4 % para distrato.

Tratando especificamente do distrato, podemos perceber que os resultados apresentados pelo presente estudo são extremamente esclarecedores.

A figura 8 apresenta a relação percentual do número de distrato por número de unidades vendidas no período. Também é fornecido o número médio de distrato por mês, chegando a 3.781 no ano de 2014, 3.968 em 2015, 3.686 em 2016 e até abril do corrente ano, o número de distrato já alcançou a marca de 2.857 unidades.

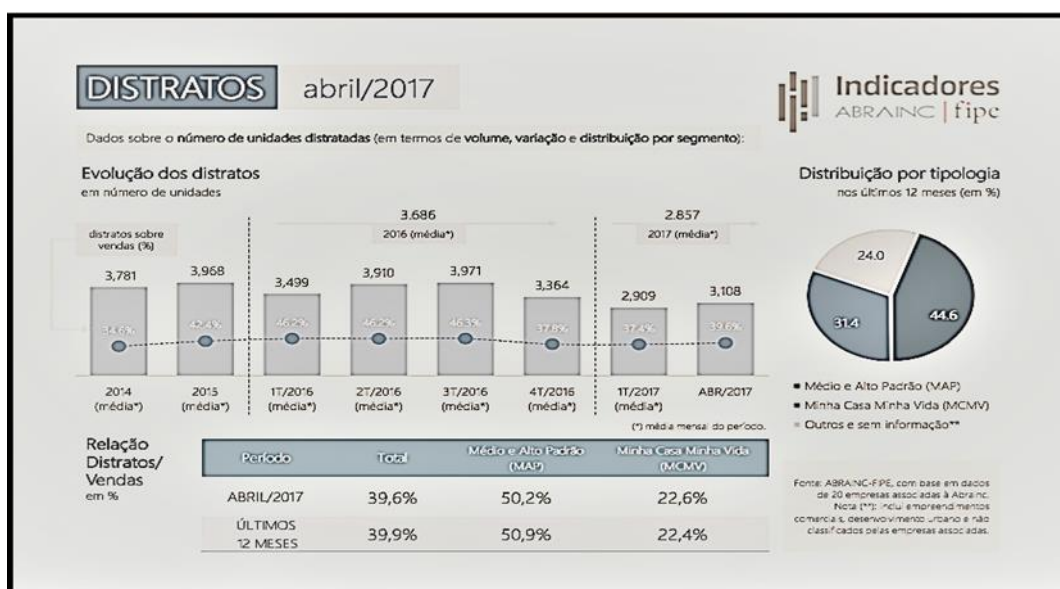


Figura 8 - Evolução do número de distrato por segmento

Dentro das séries históricas, conforme figura 9, as unidades lançadas no 1º trimestre de 2014 apresentam o maior percentual de toda série, alcançando um valor da ordem de 24,6%. Entretanto, quando leva-se em consideração a análise por tipologia residencial, os resultados apresentados mostram que as unidades residenciais do tipo MAP apresentam uma taxa de distrato sobre vendas de 30,6%, enquanto para os empreendimentos destinados ao programa MCMV, o percentual foi de 19,5%, diferença de 11,1%. Após o 4º trimestre de 2014, o que se observa é uma diferença praticamente inexistente entre os dois segmentos, ficando em torno de 1%, com exceção do 2º trimestre de 2016.



Figura 9 - Percentual de Distratos x Vendas

O gráfico da figura 10 mostra o comportamento das vendas líquidas, tendo como base a diferença entre as unidades vendidas e o número de distrato ocorridos no período. É importante observar que no período analisado, os negócios realizados pelas 20 incorporadoras associadas à ABRAINC totalizaram 383.119 (trezentos e oitenta e três mil, cento e dezenove) unidades vendidas, sendo que deste total, 137.211 (cento e trinta e sete mil, duzentos e onze) unidades voltaram para o estoque das incorporadoras como resultado do desfazimento do negócio. Em termos absolutos, 149.055 (cento e quarenta e nove mil e cinquenta e cinco) unidades residenciais voltaram ao estoque das incorporadoras através do distrato.

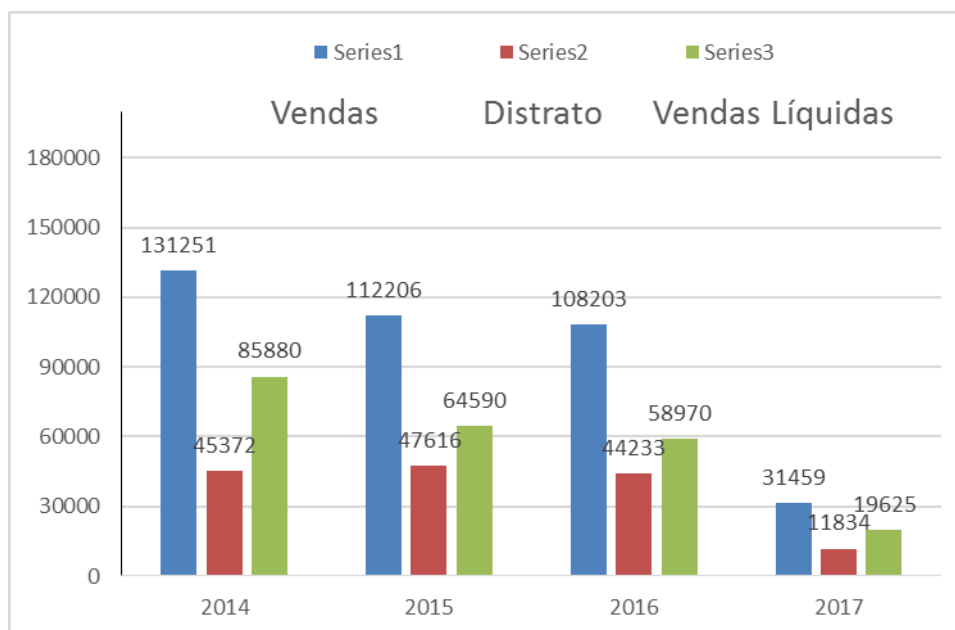


Figura 10 - Número de vendas liquidas de unidades habitacionais elaborado pelo autor a partir dos dados da tabela 1.

Os números trazidos pela ABRAINC refletem a profunda crise econômica que o país vem enfrentando nos últimos anos. Os dados mostram que o inadimplemento contratual por parte dos promitentes compradores alcançou índices epidêmicos, com tendência de crescimento, segundo projeções da própria ABRAINC. Tal fenômeno contribui para uma piora generalizada dos resultados econômicos das empresas e o aumento crescente da judicialização na relação contratual entre os atores envolvidos no negócio jurídico.

3. O DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 AUTONOMIA PRIVADA E MERCADO HABITACIONAL

Apresentado os indicadores econômicos do mercado de imóveis residenciais na última década no Brasil, faremos nesta seção uma breve incursão sobre a evolução da teoria contratual contemporânea.

Do ponto de vista histórico, podemos dizer que a concepção da teoria contratual clássica nasce com o surgimento do Estado Liberal na esteira da Revolução Francesa e da era das grandes codificações do século XIX, particularmente com o Código Civil Francês de 1804 e na mesma linha, o Código Civil Alemão de 1896.

Neste modelo, é concedido aos indivíduos um espaço, não alcançável pelo Estado e a sociedade, onde imperava a vontade privada nas relações interpessoais, sendo o contrato o seu principal instrumento⁵⁷. Essas características modelaram o conteúdo jurídico de legislações de vários países, inclusive o nosso Código Civil de 1916.

No paradigma voluntarista, segundo as palavras de FARIAS, “o contrato se qualificava como a espontânea submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade em três momentos: Pela liberdade contratual, em seu sentido positivo de livre escolha do parceiro e da estipulação do conteúdo do contrato e ainda, no seu sentido negativo, de liberdade de não contratar; pela intangibilidade do pactuado – o vertusto *pacta sunt servanda*, justificando a obrigatoriedade dos efeitos contratuais e, por último, pela relatividade contratual, ou seja, o contrato tão somente vinculava as partes, sendo infenso a terceiros, cuja vontade é um elemento estranho a formação do negócio jurídico”⁵⁸.

Com o êxito do modelo liberal e a consolidação da revolução industrial, entre o período da segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX, este

⁵⁷ GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 297.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob.Cit. p.148.

modelo contratual paulatinamente vai sendo substituído pelo surgimento da teoria do negócio jurídico e a consagração da ideia de autonomia privada como princípio fundamental do direito privado⁵⁹.

A partir das primeiras décadas do Século XX, o mundo ocidental passa por profundas transformações econômicas e sociais e na esteira de tais transformações a autonomia privada começa a ser mitigada pelas regras do convívio social, nas noções de bem-estar e de justiça social.⁶⁰

Dentro desta nova concepção, as bases do direito privado vão ao longo do tempo sofrendo transformações, dando origem a um novo direito privado, que deságua com a “implantação de uma tábua de valores constitucionais apta a exigir uma releitura do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizando a promoção da dignidade, do solidarismo e da igualdade substancial”⁶¹.

Para FARIAS⁶², a Constituição passa a ser o centro unificador do ordenamento, sendo que a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia público-privado. Prossegue o autor: “Neste percurso rumo a um direito privado humanizado e, por que não dizer, civilizado, desaba a sacralidade da autonomia da vontade, substituída por uma noção renovada de autonomia privada, atada aos Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III, CF) e da Ordem Econômica (art. 170, CF)”.

Por fim, como resultado dessa profunda transformação que começa com a Revolução Francesa e alcança o seu apogeu no pós-Segunda Guerra Mundial, a contratualidade contemporânea no nosso ordenamento jurídico, após a Constituição de 1998, vai ter como fundamento um novo conjunto de princípios: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a justiça contratual.⁶³

Outro marco trazido pela contratualidade contemporânea foi a descodificação do direito civil, que contribui para o surgimento dos denominados microssistemas legislativos que tornou possível a regulamentação de novas situações jurídicas, por meio de leis especiais e permitiu ao legislador apresentar

⁵⁹ LOBO, Paulo. **Direito Civil: contrato**. São Paulo: Sariva, 2011. p.21.

⁶⁰ GHEZZI, Leandro Leal. Ob. Cit. p. 27.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob.Cit. p. 36.

⁶² *Ibidem*. p.149.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 7.

respostas mais rápidas às contínuas mudanças que a sociedade do Século XXI enfrenta diariamente.

Como exemplo de leis especiais, configuradoras de microssistemas, entre outras, podemos citar: a Lei do Condomínio e das Incorporações (Lei nº 4.504 de 1964) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990), cuja interpretação deverá ser feita conjuntamente com os demais princípios do sistema, tendo como base a Teoria do Diálogo das Fontes, conforme será visto no próximo tópico.

Por fim, quando falamos no âmbito dos contratos de incorporação imobiliária, o que temos é que desde a compra ou permuta do terreno por área construída, passando pelo registro da incorporação e pelo compromisso de compra e venda das unidades habitacionais, deve-se atender aos princípios da função social da propriedade.

Segundo CASTRO⁶⁴,

O contrato de incorporação, pela sua complexidade, pelos esforços que mobiliza, pelas transformações urbanístico-ambientais que acarreta, orienta-se por meio da função social que desempenha e pelo modo como vai dar significação à propriedade. Ou seja, o consumidor não pode ser visto como um partícipe exclusivo ou isolado em um negócio complexo, porque ele faz parte de uma rede contratual que visa satisfazer não apenas seus interesses individuais, mas aos de todo um conjunto de adquirentes.

Feito uma breve incursão sobre a evolução da teoria contratual contemporânea, apresentaremos na próxima seção o posicionamento doutrinário sobre o distrato.

3.2. O DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA

⁶⁴ CASTRO, Fabio Caprio Leite de e Santos, Lourdes Helena Rochas. A Evolução Histórica e os Novos Horizontes da Incorporação Imobiliária e do Condomínio Edilício no Direito Brasileiro. In: **Revista Direito Imobiliário**. nº 29, pp. 73-102. set/out, 2015. p. 99.

Para FARIAS⁶⁵, concluir um contrato significa realizar uma operação econômica reconhecida e tutelada pelo Direito. No curso de sua trajetória, os contratantes assumirão condutas contratual e eticamente esperadas, uma vez que, o contrato já nasce com a previsão de seu término voltado para o adimplemento. Atingindo o objetivo para qual foi concebido, alcançará o contrato o seu ocaso.

Por sua vez, prossegue o autor, no decorrer da sua execução, ocorrem fatos que ultrapassam os limites impostos pelo ordenamento jurídico ao jogo contratual, de forma que o sistema reage mediante a efetivação de medidas capazes de restituir ao sistema seu curso normal. Entretanto, nem sempre é possível a conservação do negócio jurídico, resultando na sua extinção, seja por causas anteriores, concomitantes ou posteriores à sua celebração⁶⁶.

A extinção dos contratos advinda de causas supervenientes, ou seja, aquelas que dão causa para o rompimento do pacto, após a sua convenção é regulada no Capítulo II do Título V, do Código Civil de 2002, a saber: a rescisão unilateral, a resolução por inadimplemento e a resolução por onerosidade excessiva. Tais institutos são contemplados ao longo dos artigos 472 a 480.

Os artigos 472 e 473 regulam as duas hipóteses de rescisão fundadas na vontade de ambas ou de uma das partes contratantes. Quando fundada na vontade de ambas as partes, temos a rescisão bilateral denominada pelo legislador de distrato: Artigo 472 – O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. Já no seu art. 473, temos o que a doutrina denomina de rescisão unilateral mediante denúncia notificada à outra parte. Por sua vez, os artigos 474 e seguintes regulam as hipóteses de resolução do contrato fundadas no inadimplemento ou na onerosidade excessiva. O que difere a rescisão e a resolução, por expressa opção do legislador, é a causa que leva à extinção do contrato. A primeira, fundada na vontade e a segunda, no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

Segundo a doutrina, o distrato é um negócio jurídico que objetiva a desconstituição do contrato, extinguindo seus efeitos. Ou seja, é o desfazimento do acordo de vontades da relação jurídica existente, através da manifestação

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. Cit. p. 562.

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ob. Cit. p. 562.

recíprocas dos contratantes, quando ainda não tenha sido executado o contrato. Os seus efeitos operam-se sem retroatividade⁶⁷.

De acordo com PEREIRA, “o distrato é a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo. É o *contrarius consensus dos romanos*, gerando o contrato liberatório”⁶⁸.

Seguindo a mesma linha, GOMES entende que: “o distrato seria uma declaração de vontade bilateral, que tem o fim de ao mesmo tempo, encerrar o contrato para o futuro, sendo uma espécie de resilição, e ainda revogar a vontade dos declarantes, causando o que se chama de *contrarius consensu*”⁶⁹.

Embora a natureza do distrato sempre tenha sofrido questionamentos doutrinários, é consenso que ele tem efeito de não permitir que o contrato produza efeitos para o futuro. Nos dizeres de Pontes de Miranda, “O distrato não é ida ao passado para apagar o que se redigira, ou se dar como não tendo aquilo que foi. O distrato não é descontrato. Quem distrata não descontrata. O contrato foi feito, e lá fica. Apenas sem qualquer irradiação de efeito, e sem qualquer existência para o futuro”⁷⁰.

Nas palavras do AGUIAR JUNIOR, o distrato é um passo no sentido contrário ao do contrato, desde que seja realizado por ambos contratantes resultante de um acordo de vontades em sentido inverso àquele que deu nascimento a relação contratual⁷¹.

LOUREIRO também conceitua o distrato como o mútuo consenso, “um verdadeiro contrato cujo conteúdo é precisamente o contrário da constituição do vínculo obrigatório e pode ser classificado como um contrato liberatório”⁷².

Como o distrato é visto pela doutrina como um contrato que visa a extinção dos efeitos de outro contrato, então este negócio é o seu objeto. Para GOMES, em

⁶⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares e (coord.). Ob. Cit. p. 390.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. Vol. III. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.151.

⁶⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 183.

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. 25. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983. p. 282.

⁷¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 425.

⁷² LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002. p. 248.

regra, o distrato é “utilizado nos contratos de execução continuada para desatar o vínculo antes do advento de seu termo extintivo”, podendo também ser estipulado em contrato celebrado com prazo determinado⁷³.

Para ASSIS, toda relação jurídica comporta o distrato, até mesmo negócios unilaterais, uma vez que o que se distrata é a eficácia do negócio jurídico⁷⁴. Por sua vez, MIRANDA entende que se pode distratar até mesmo negócio jurídico não contratual⁷⁵.

Para AGUIAR JUNIOR, os requisitos do distrato são⁷⁶: a manifestação da vontade de desconstituir os efeitos do contrato deve partir dos contratantes; ser o mesmo ainda possível, sendo que se houver o cumprimento total da prestação do devedor, não existirá espaço para o distrato e, por último, se o contrato foi celebrado visando uma prestação em favor de terceiro, e se houve adesão por parte deste, o distrato não pode atingir o interesse do mesmo.

Ainda em relação aos requisitos, temos que o *contrarius consensus* se rege pelos mesmos elementos de existência, validade e eficácia do contrato cujos efeitos visa a eliminar⁷⁷, ou seja, a capacidade que se exige para contratar é a mesma para o distrato. Da mesma forma, o objeto do distrato deve ser lícito e a forma, a prescrita em lei.

Quanto à forma, sua exigência vem expressa no art. 472 do Código Civil: O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. Aplicando-se, portanto, neste caso, o princípio da simetria das formas.

Em geral, temos que a declaração de vontade do contratante não depende da forma, a não ser quando exigida em lei, conforme. art. 107 do Código Civil, ou no caso em que é exigida a escritura pública para a validade de negócios jurídicos que envolvam a construção, transferência, modificações ou renúncia de direitos reais sobre imóveis superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente, conforme redação dada pelo art. 108 do Código Civil.

⁷³ GOMES, Orlando. Op. Cit. p. 183.

⁷⁴ ASSIS, Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. In: **Revista CEJ**, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004. p. 59

⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p. 262.

⁷⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Opt. Cit, p. 425.

⁷⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil Comentado**. Vol. 4. São Paulo: Red Livros, 2000. p. 260.

Por sua vez, a escritura pública é dispensada neste tipo de negócio quando realizado por intermédio do Sistema Financeiro de Habitação, podendo o mesmo ser celebrado por instrumento particular, de acordo com o art. 61, § 5º, da Lei nº 4.380 de 1964, no caso o contrato de promessa de compra e venda.

Assim, de acordo com o princípio da simetria das formas, se o negócio exigiu escritura pública ou prova escrita para sua concretização, somente por esses mecanismos o distrato poderá ser realizado, sob pena de tornar nulo o negócio, de acordo com o art. 166, IV do Código Civil. Por outro lado, desde que não haja exigência de forma, o distrato pode se dar de forma livre⁷⁸.

3.3. A PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL NA PLANTA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As atividades da incorporação imobiliária vão ser reguladas por um conjunto de Leis especiais e gerais que irão reger os contratos celebrados para a comercialização das unidades habitacionais. Tal regulação vai se dar através da aplicação simultânea da Lei da Incorporação Imobiliária, Lei do Patrimônio de Afetação, do Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Esta aplicação simultânea, coerente e coordenada dessas leis é denominada na Doutrina como diálogo das fontes, conforme explana MARQUES:⁷⁹

“Diálogo das fontes: Expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes. Como afirmo há “diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente, ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato.”

⁷⁸ Enunciado 584 do Conselho de Justiça Federal: “Desde que não haja forma exigida para a substância do contrato, admite-se que o distrato seja pactuado de forma livre”.

⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 74.

Para a autora, existe um convívio de leis, especiais e gerais, integrantes de um mesmo sistema jurídico, com esferas de atuação distintas, mas algumas vezes convergentes no que se refere aos sujeitos.

Por outro lado, tratando da aplicação simultânea e coordenada dessas normas, pode-se destacar a relação entre a Lei de Incorporações e o Código de Defesa do Consumidor que, segundo MARQUES⁸⁰, pode ser entendida como:

“As regras de ordem pública do CDC terão aplicação para regular o novo equilíbrio e boa-fé obrigatórios aos contratos de consumo, pois, como ensina o STJ, aqui haverá diálogo das fontes: “O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/1964), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.”

Já sabemos que a promessa de compra e venda de imóveis residenciais é aquele em que promitente vendedor, aqui no caso o incorporador, se obriga a vender à outra parte, o promitente comprador, o bem imóvel a ser entregue futuramente, cabendo, neste caso, a incidência do Código de Defesa de Consumidor em adição a Lei de Incorporação Imobiliária.

Neste tipo de relação consumerista, em um dos polos, as incorporadoras assumem a condição de fornecedores de produtos (a unidade imobiliária) e de serviços (a construção); e no outro polo, ao contratarem a aquisição do produto e/ou a prestação de serviços, os destinatários finais do produto, ou seja, o consumidor.

O destinatário final, consumidor, é definido no Código de Defesa do Consumidor como:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Ao tratar do conceito atribuído pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme expresso no seu artigo 2º, a doutrina entrou em discordância a ponto de criar teorias divergentes para o definir como “destinatário final” que adquire ou

⁸⁰ *Ibidem*. p. 462.

utiliza o produto ou o serviço. São elas as teorias finalista, maximalista e a finalista aprofundada ou mista. Os finalistas defendem uma aplicação restritiva das normas de proteção do consumidor, enquanto os maximalistas defendem uma aplicação ampliadora do CDC. Já a terceira corrente, a finalista mitigada, é intermediária.

A corrente finalista entende que o consumidor, destinatário final, seria apenas a pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou contrata o serviço para utilizar para si ou para outrem de forma que satisfaça uma necessidade privada, e que não haja, de maneira alguma, a utilização deste bem ou deste serviço com a finalidade de produzir, desenvolver atividade comercial ou mesmo profissional.

Para Claudia Lima Marques⁸¹, dentro da teoria finalista, o destinatário é definido como:

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida ‘destinação final’ do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

Por sua vez, a corrente maximalista entende que o destinatário final é apenas o destinatário fático, ou seja, aquele que retirou o produto da cadeia de fornecimento não importando a sua destinação final. É considerada uma noção objetiva de consumidor, pois o que interessa é o objeto da relação.

Para os defensores desta corrente, a destinação dada ao produto é irrelevante, é um posicionamento mais abrangente, aceitam, inclusive, a relação de consumo entre dois profissionais. Nesta corrente, não importa se a pessoa adquire ou utiliza o produto ou serviço para o uso privado ou para o uso profissional, com a finalidade de obter o lucro.

⁸¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe, *et al.* **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.

Segundo Claudia Lima Marques ⁸²:

Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

Assim, dentro da teoria maximalista, a expressão “destinatário final”, contemplado no art. 2º, é interpretada da forma mais extensa possível, não importando se a pessoa física ou jurídica visa a obtenção de lucro ao adquirir o produto.

Por fim, temos a teoria mista ou teoria do finalismo aprofundado. Essa terceira corrente foi criada a partir de entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Trata-se de uma teoria intermediária, que não observa apenas a destinação do produto ou serviço adquirido, levando em consideração, também, o porte econômico do consumidor⁸³:

A partir de 2003, com a entrada em vigor do CC/2002, parece estar aparecendo uma terceira teoria, subdivisão da primeira – que aqui passo a denominar de “finalismo aprofundado” – na jurisprudência, em especial do STJ, demonstrando ao mesmo tempo extremo domínio da interpretação finalista e do CDC, mas com razoabilidade e prudência interpretando a expressão “destinatário final” do art. 2º do CDC de forma diferenciada e mista.

A ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, descreve muito bem as características da teoria finalista aprofundada ou teoria finalista mitigada:⁸⁴

⁸² *Idem*.

⁸³ MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. Op.Cit. p. 306.

⁸⁴ Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1195642**. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 21 de novembro de 2012. Disponível em:

(...) a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

No outro polo da relação consumerista, vamos ter a figura do fornecedor, no caso em estudo, equivalente à figura do incorporador, sendo sua definição expressa no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

De acordo com a leitura do artigo, podemos inferir que há uma diferenciação entre o fornecedor de produtos e serviços, sendo tais categorias regulamentadas nos parágrafos primeiro e segundo do respectivo artigo⁸⁵.

Dentre as atividades que caracterizam fornecedor, está a de construção, que segundo CHALHUB⁸⁶, pode ser definida como:

De fato, no rol de atividades que configuram o fornecedor estão a atividade de construção e de comercialização de produtos, é verdade que o incorporador não exerce, necessariamente a atividade de construção, mas, não obstante, é ele quem faz construir e coordena

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj>>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

⁸⁵ Art 3º (...) § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁸⁶ CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**, V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1277.

o negócio da incorporação, sendo, por isso, responsável pela construção, solidariamente com o construtor; está, assim de maneira indireta, equiparado ao fornecedor, mas, ainda que não o fosse não em razão da atividade de construção e de coordenação do negócio, o incorporador haveria de ser equiparado ao fornecedor em razão da atividade de comercialização dos imóveis integrantes da incorporação, na medida em que o código de defesa do consumidor qualifica o imóvel como produto e inclui a comercialização de produtos entre as atividades que caracterizam a figura do fornecedor.

Noutro Giro, MARQUES⁸⁷ entende que CDC incidirá sobre o contrato de incorporação imobiliária, dependendo da destinação final do bem, ou de aplicação de uma norma extensiva. Nas suas palavras:

(...) o incorporador faz uma venda antecipada de apartamentos, para arrecadar o capital necessário para a construção do prédio, fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado por obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir). A caracterização do promitente-comprador como consumidor, dependerá da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva, como a presente no artigo 29⁸⁸ do Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, temos que quando o imóvel é vendido por quem não desenvolve a atividade expressa no art. 3º do CDC, a relação contratual estabelecida não será regulada pelas normas do CDC, uma vez que não se caracteriza relação de consumo. Neste caso, excluem-se da incidência das normas do Código todas as contratações estabelecidas entre dois indivíduos que estabelecem relações puramente civis, não sendo profissionais, incidindo, neste caso, o Código Civil de 2002.

De acordo com o art. 2º, caput da Lei 8.078/90, o promitente-comprado pode ser considerado como consumidor, uma vez que são os destinatários finais do bem imóvel objeto do contrato de compromisso de compra e venda.

Por sua vez, levando em consideração o art. 3º caput, a incorporadora será caracterizada como fornecedora de bens voltados ao mercado de consumo. Tal

⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 437.

⁸⁸ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

relação consumerista será também regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, tornando-se, assim, obrigatória por se tratar de uma norma de ordem pública.

Logo, nos negócios jurídicos tratando da incorporação imobiliária, as normas do Código de Defesa do Consumidor serão também aplicadas conforme amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

“O ponto de partida que se impõe ao operador de direito, para a correta identificação do regime jurídico aplicável aos contratos, após o advento do código do consumidor, é a existência ou não de uma relação jurídica qualificada: a relação de consumo. [...] A relação contratual de consumo é juridicamente desigual porque faz emergir o efetivo poder contratual das partes. É aquela que se dá entre quem exerce atividade profissional organizada (denominado fornecedor) e o eventual adquirente ou utente dos bens ou serviços que forneça ao público (denominado consumidor) ⁸⁹.

O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei nº 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva⁹⁰.

O Código de Defesa do Consumidor atinge os contratos de compra e venda nos quais a incorporadora se obriga a construir unidades imobiliárias mediante financiamento. Acórdão em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ⁹¹.

Discutido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à incorporação imobiliária considerando o diálogo das fontes com a aplicação simultânea das Leis especiais e gerais que irão reger os contratos celebrados para a comercialização das unidades habitacionais, discutiremos no próximo item a limitação das cláusulas penais nos contratos imobiliários à luz do Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171-172.

⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Ob. Cit. p. 438.

⁹¹ AgRESP 120.905/SP (2011/0282239-0), Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.06.05.2014.

3.4. A CLÁUSULA DE DECAIMENTO NOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA

A Constituição Federal de 1988 alçou a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXVII, que, expressamente determina: “O Estado promoverá a defesa do Consumidor”. Além disso, inclui a defesa do consumidor entre os princípios da ordem econômica no artigo 170, inciso V: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios: (....) defesa do consumidor.”

Assim, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, com suas normas de ordem pública e de interesse social, o legislador concretiza este direito fundamental criando um sistema de proteção amplo ao consumidor, trazendo em destaque o problema das cláusulas abusivas presentes em qualquer tipo de contrato de consumo.

Para Claudia Lima Marques⁹²:

A abusividade da cláusula contratual é o descompasso de direitos e obrigações entre os contratantes, direitos e obrigações típicos daquele tipo de contrato, é a unilateralidade excessiva, é o desequilíbrio contrário à essência, ao objetivo contratual, aos interesses básicos presentes naquele tipo de relação, é a autorização da atuação desleal, maliciosa, de má fé subjetiva, que esta cláusula, se cumprida, irá ocasionar. A abusividade é, assim, potencial, abstrata porque ataca direitos ou impõe obrigações, lesões, que ainda não antecederam. A presença da cláusula abusiva no contrato celebrado ou na relação individual é que a torna atual; é a execução do contrato que vai esclarecer o potencial abusivo da previsão contratual. A cláusula abusiva é um a “bomba relógio”, pronta para agir, para desequilibrar, para impedir a realização do objetivo do contrato, para lesar o contratante mais fraco. Em outras palavras, a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a descoberta de sua abusividade é geralmente posterior, é atividade do interprete do contrato, do aplicador da lei, face ao reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido.

⁹² MARQUES, Claudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. In: **Revista Ajuris**, Porto Alegre, nº 64, pp. 34-77, jul. 1995. p.63

O Código de Defesa do Consumidor elenca um rol exemplificativo e não exaustivo de cláusulas abusivas no seu artigo 51. Entretanto, no inciso IV, o mesmo contempla uma cláusula geral, de forma que é possível aferir a abusividade das cláusulas contratuais ao permitir seu controle diante de uma situação concreta em que não é possível ser enquadrada em qualquer uma das hipóteses de cláusulas abusivas na lista do art. 51.

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Na lição de Claudia Lima Marques⁹³, “a inclusão dessa norma geral no CDC, levou a jurisprudência pátria a analisar o conteúdo de todos os contratos de consumo a ela apresentados para decretar a nulidade absoluta das cláusulas conflitantes com os novos critérios de boa-fé e equilíbrio nos contratos entre fornecedores e consumidores”.

Por outro lado, nos contratos de compra e venda de imóveis na planta, mediante pagamento em prestações, o Código de Defesa do Consumidor no seu art. 53, veda expressamente a presença de cláusulas contratuais que permitam ao incorporador a retenção integral ou substancial dos valores pagos pelo promitente comprador, ou seja, é proibido a inclusão de cláusula de decaimento que fixa como penalidade a consubstanciar vantagem exagerada do incorporador:

Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam retenção do valor total ou substancial das parcelas pagas pelo promitente comprador, por perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

⁹³ MARQUES, Claudia Lima. Ob. Cit. p. 935.

Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta, é praxe a existência de cláusulas penais visando a indenização em caso do descumprimento da avença resultante do inadimplemento contratual.

A cláusula penal, também conhecida popularmente como “multa contratual”, constitui um pacto acessório de caráter pessoal, associada à obrigação principal, podendo ser aplicada por uma das partes, em caso de inadimplemento absoluto ou relativo, ou se ocorrer violação positiva do contrato, ou seja, conduta inadequada ou comportamento defeituoso durante o processo obrigacional.⁹⁴

Segundo GOMES, a cláusula penal, conhecida também como pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos, em caso da inexecução culposa da obrigação⁹⁵

Já para GAMA, o pacto acessório pode ser entendido como dispositivo através do qual se impõe uma sanção de natureza econômica em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte inadimplente, violadora de uma obrigação⁹⁶.

CASSETTARI, em trabalho original sobre o tema, pontua que a cláusula penal não é qualquer multa existente no nosso ordenamento jurídico, não podendo a mesma ser confundida com as astreintes, nem com a multa descrita no art. 475-J, correspondente ao art. 532 do novo Código de Processo Civil de 2015⁹⁷. Para a sua aplicação, é necessário que a mesma seja fixada pelas partes e não pela lei, pelo juiz ou pela administração. Nesse mesmo sentido, pontua LOBO, entendendo que a cláusula penal deve ser convencionalizada, sendo impossível a sua imposição através de Lei.⁹⁸

A cláusula penal é regulada pelo Código Civil de 2002 ao longo dos artigos 408 e 416. Entre as inovações trazidas, pode ser mencionada a contemplada no seu artigo 413:

⁹⁴ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações de dos Contratos - Institutos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 461.

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 186.

⁹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 392.

⁹⁷ CASSETTARETI, Cristiano. **Multa Contratual: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2011. p. 151.

⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 303.

A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprido em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Tal artigo não estava presente no Código Civil de 1916, de forma que o legislador, ao criar a redução equitativa, afastou, definitivamente, o princípio da imutabilidade da cláusula penal, inserindo a mesma em um sistema civil que tem como fundamentos os valores sociais constitucionais, a boa-fé objetiva nas relações intersubjetivas, a função social dos institutos de direito privado e a preponderância das questões existenciais sobre as questões de natureza patrimonial⁹⁹.

Não resta dúvida de que a cláusula penal apresenta uma natureza jurídica pré-indenizatória, apresentando-se como um meio alternativo de solução de conflitos entre particulares, do qual recebem do Estado o poder de autorregular os seus interesses em razão da autonomia privada ¹⁰⁰.

As questões atualmente enfrentadas pelos tribunais dizem respeito ao inconformismo dos adquirentes que não concordam com as perdas sofridas com o desfazimento do contrato em razão da presença de cláusulas penais que permitem ao vendedor reter praticamente a totalidade do valor pago, com uma devolução de um percentual ínfimo do total das parcelas adimplidas pelo comprador.

Como ilustração, apresentamos abaixo dois exemplos de cláusulas penais típicas encontradas em contratos de promessa de compra e venda de imóvel na planta. O primeiro exemplo se refere ao contrato de compromisso de compra e venda tendo por objeto uma unidade residencial do Condomínio Edifício "Intersection Brooklin", da incorporadora paulista Rosa Gaeta Empreendimento S/A, na cidade de São Paulo. O contrato celebrado entre as partes prevê a devolução das quantias pagas pelos autores, excluídos os valores despendidos a título de personalização do imóvel, nos seguintes moldes:

“CLÁUSULA 6.8 - Se a ROSA GAETA pleitear a resolução do contrato e a retomada da unidade autônoma, em razão do inadimplemento do(s) PROMISSÁRIO(S) COMPRADOR(ES) quanto ao pagamento do preço de aquisição, terá ele direito autônomo à

⁹⁹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. Ob. Cit. p. 480.

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 464.

restituição do percentual de 70% (setenta por cento), a ser calculado sobre o valor das prestações efetivamente pagas a esse título, feitas as seguintes deduções:

- a) juros compensatórios, se tiverem sido cobrados;
- b) juros moratórios e multa de mora, pagos quando de eventual purga de mora;
- c) despesas de venda no valor de 10% (dez por cento) do preço total da alienação;
- d) contribuição ao PIS sobre todas as quantias pagas pelo(s) PROMISSÁRIO(S) COMPRADOR(ES);
- e) contribuição ao COFINS sobre todas as quantias pagas pelo(s) PROMISSÁRIO(S) COMPRADOR(ES);
- f) condomínio de utilização (valores devidos à data da desocupação);
- g) luz e gás (valores devidos à data da desocupação);
- h) IPTU (valores devidos à data da desocupação);
- i) reparos necessários à reposição da Unidade Autônoma em idêntico estado de quando foi entregue ao(s) COMPRADOR(ES), a menos que ele já o tenha devolvido à ROSA GAETA [sic], em tais condições;
- j) taxa diária de ocupação, ora fixada em 0.1% (décimo percentual) sobre o preço de venda, corrigido pelos índices aqui pactuados, e devida desde o primeiro dia subsequente ao pagamento da última parcela, até a efetiva devolução da Unidade Autônoma, se o(s) PROMISSÁRIO(S) COMPRADOR(ES) já se encontrar(em) na posse, à época de sua mora;
- k) todos os tributos e leis sociais pagos em decorrência do recebimento das prestações do preço.

6.8.1. A devolução será efetuada em tantas prestações mensais quantas tiverem sido as prestações pagas, assim como o critério para correção corresponderá àquele adotado neste contrato.

6.8.2. A importância a ser restituída ao(s) PROMISSÁRIO(S) COMPRADOR(ES) será sempre de, no mínimo, 20% (vinte por cento) dos valores por ele pagos.

6.8.3. Em qualquer hipótese de rescisão, a primeira parcela da devolução, supra aludida, será paga dentro de 180 (cento e oitenta) dias, após o trânsito em julgado da sentença ou da restituição da unidade autônoma à ROSA GAETA, nas condições aqui ajustadas, o que por último ocorrer.”

No segundo exemplo, o contrato se refere a uma unidade residencial no Condomínio Classsique da incorporadora M. BIGUCCI COMÉRCIO E EMPRENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, também localizada na cidade de São Paulo.

A cláusula XVI, item 2 do contrato, prevê a retenção de 20% do valor pago pelo promitente comprador, a título de multa, sem prejuízo das despesas efetivamente comprovadas:

“Em caso de rescisão contratual promovida ou pelo COMPRADOR ou pela INCORPORADORA em razão de inadimplemento ou descumprimento de outra obrigação contratual dos(a) COMPRADOR(ES,AS), ou ainda por qualquer outro motivo alheio a este instrumento, fica estabelecido que serão devolvidos os valores pagos na mesma periodicidade dos pagamentos efetuados, vencendo-se a primeira parcela 180 dias após a assinatura da formalização definitiva da rescisão ou do trânsito em julgado da sentença ou da restituição do imóvel à INCORPORADORA, nas condições aqui ajustadas, o que por último ocorrer. Na devolução, o(a,s) COMPRADOR (ES,AS) está(ão) de acordo que serão retidos 20% (vinte por cento) dos valores pagos, mais as despesas efetivamente comprovadas tais como: (juros compensatórios, moratórios, despesas de venda no valor de 10% do preço da alienação, impostos, entre outras, listadas nas alíneas da referida cláusula”

A presença de cláusulas penais favorecendo o vendedor caracteriza claramente um desequilíbrio entre as partes, e embora sendo aceitas pelo adquirente quando da assinatura do contrato, tem sido objeto de revisão e mesmo de anulação por parte dos Tribunais, por entender que este tipo de contrato também está sujeito à incidência do Código de Defesa do Consumidor, pois se trata de uma relação de consumo (Lei nº 8.087, de 11 de setembro de 1990)¹⁰¹.

Nesse sentido, embora o contrato tenha sido livremente celebrado entre as partes, o princípio da força obrigatória dos contratos, *pacta sunt servanda*¹⁰² - dentro da nova teoria geral contratualista, deve ser mitigado através da incidência de normas de ordem pública e de natureza cogente, com a finalidade precípua de adequá-lo à sua função social¹⁰³.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de setembro de 1990. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078.htm>. Acesso em: 24 jul. 2017.

¹⁰² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri; MIRANDA, Sandra Julien (org. e coord.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Rideel, 1999. p. 427. "Pacta Sunt Servanda": (loc. Lat.) Princípio que determina, no direito Internacional e nos contratos, que os pactos devem ser obrigatoriamente cumpridos pelas partes

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

“Na nova concepção de contrato, frente ao CDC e ao novo CC, não mais importa somente a manifestação de vontade dos contraentes, devendo-se levar em conta, também, os efeitos deste na sociedade, bem como a condição econômica e social dos participantes da relação jurídica. Na busca deste novo equilíbrio, o direito terá um papel destacado na busca da delimitação imposta pela lei, que também será legitimadora da autonomia de vontade das partes, passando a proteger determinados interesses, agora não de cunho individual, mas de interesse social, valorizando a confiança do vínculo de contratação, as expectativas e a boa fé”¹⁰⁴.

Por se tratar de uma relação consumerista, como discutido anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor necessariamente deve ser aplicado. Portanto, dentro deste contexto, não resta dúvida de que as cláusulas penais descritas nos dois exemplos acima são exemplos claros da manifestação de abusividade de uma das partes da relação contratual.

Nesse sentido, apresentamos julgado do STJ de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, de 27/08/2013¹⁰⁵.

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA DE DISTRATO. É abusiva a cláusula de distrato - fixada no contexto de compra e venda imobiliária mediante pagamento em prestações - que estabeleça a possibilidade de a construtora vendedora promover a retenção integral ou a devolução ínfima do valor das parcelas adimplidas pelo consumidor distratante. Isso porque os arts. 53 e 51, IV, do CDC coíbem cláusula de decaimento que determine a retenção de valor integral ou substancial das prestações pagas, por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador. Nesse contexto, o art. 53 dispõe que, nos "contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado". O inciso IV do art. 51, por sua vez, estabelece que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Além disso, o fato de o distrato pressupor um contrato anterior não implica desfiguração da sua natureza contratual. Isso porque, conforme o

¹⁰⁴ ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O Pacta Sunt Servanda: Cláusula Rebus Sic Stantibus e o Equilíbrio das Relações Contratuais na Atualidade. In: **Revista Jurídica Cesumar**, v. 8, nº 1, pp. 194-218, jan/jul, 2008. .

¹⁰⁵ STJ – 3ª Turma – REsp 1.132.943-PE – Rel.: Min. Luis Felipe Salomão – julgado em 27/8/2013.

disposto no art. 472 do CC, "o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato", o que implica afirmar que o distrato nada mais é que um novo contrato, distinto ao contrato primitivo. Dessa forma, como em qualquer outro contrato, um instrumento de distrato poderá, eventualmente, ser eivado de vícios, os quais, por sua vez, serão passíveis de revisão em juízo, sobretudo no campo das relações consumeristas. Em outras palavras, as disposições estabelecidas em um instrumento de distrato são, como quaisquer outras disposições contratuais, passíveis de anulação por abusividade.

Desta forma, quando lidas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com os artigos 51, IV e 53, a presença de cláusulas abusivas são expressamente proibidas nos contratos consumeristas, uma vez que as mesmas projetarão o consumidor em um plano de evidente desvantagem perante o vendedor. Para torna-se possível o reequilíbrio dessa assimetria relacional, tais cláusulas são passíveis de revisão ou de nulidade quando submetidas ao crivo do poder judiciário.

4. O DISTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1 O DISTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Neste capítulo, apresentaremos um panorama de como o poder judiciário vem enfrentando o problema do distrato na atualidade. São trazidos julgados recentes do Estado de São Paulo, tanto em 1ª e 2ª instância como do Superior Tribunal de Justiça.

A escolha pelo Estado de São Paulo, justifica-se pelo fato de que o mesmo representa o maior mercado imobiliário do país, em todos segmentos: lançamentos, vendas e principalmente em número de distratos.

Dados do SECOVI/SP, apresentados na figura 10, mostram a evolução percentual do fenômeno do distrato no mercado imobiliário do Estado de São Paulo na última década.

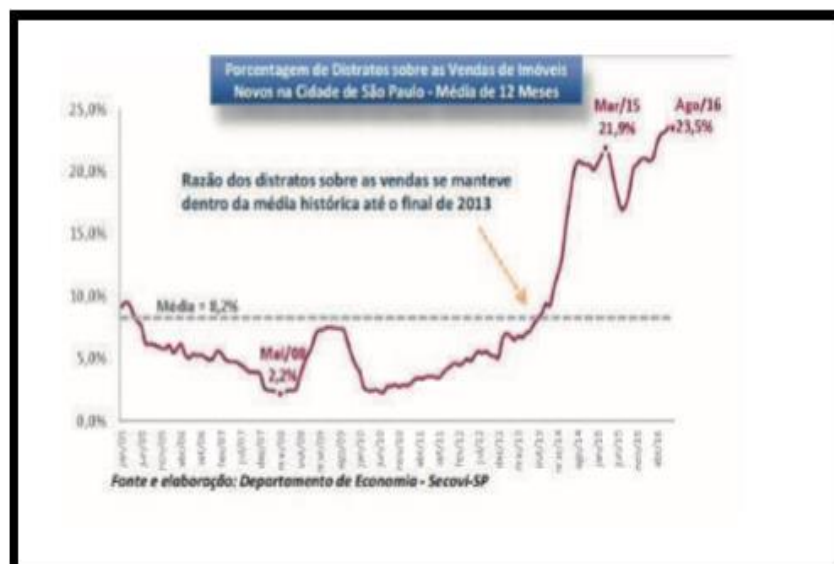


Fig. 11 – Evolução do Distrato no Mercado Imobiliário de SP

Na próxima seção, apresentaremos o entendimento do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, escolhido por representar, conforme justificativa dada anteriormente, como sendo o maior mercado imobiliário do Brasil, além do grande número de ações judiciais referentes ao assunto em discussão, com centenas de decisões prolatadas, tanto em 1ª como em 2ª instância.

O espaço amostral foi escolhido aleatoriamente, levando em consideração somente decisões prolatadas no corrente ano nas diferente Varas Cíveis e em diferentes turmas recursais.

Na tabela 2, temos um quadro sinótico de 10 sentenças de 1ª instância, escolhidas a partir de um espaço amostral de 50 decisões. São apresentados dados quantitativos relativos à cláusula penal presente nos contratos analisados, bem como um resumo das respectivas decisões judiciais.

Caso	Vara Cível Localidade	Cláusula Penal (%) Sob Valor Pago	Valor (%) Pleiteado p inadimplente	Decisão Judicial Fundamentação Jurídica
01	9ª Sto Amaro	60 % R\$ 62.166,68	90 %	PARCIALMENTE PROCEDENTE - declarando rescindido o contrato celebrado entre as partes, na data da propositura da ação e CONDENANDO a ré à devolução imediata de 80% das parcelas pagas pelo autor , corrigidas da data do desembolso e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês – Súmulas: 543 do STJ e 01 e 02 do TJSP
02	23ª Foro Central	(50%) R\$ 340.456,01.	90%	PARCIALMENTE PROCEDENTE – Declarando a resolução contrato e CONDENANDO o réu à restituição de 80% da quantia paga a título de preço do imóvel, em parcela única, com correção monetária desde o desembolso e

				juros de mora de 1% a partir da citação – Art 53, do CDC – Súmulas: 543 do STJ e 01 e 02 do TJSP
03	9ª Comarca São Bernardo do Campo	(20%+ despesas) R\$84.846,28	90%	PROCEDENTE - declarando resolvido o compromisso de compra e venda, impondo à requerida a obrigação de restituir aos autores 90% da totalidade do preço pago , sem parcelamento, incidentes correção monetária (Tabela TJSP) a partir das datas dos respectivos desembolsos e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. CDC, Súmula 02 do TJSP e Preced. STJ
04	5ª Comarca de São Bernardo do Campo	(20% + despesas) R\$ 149.815,76	90%	PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, para condenar a empresa ré a devolver à autora a quantia equivalente a 80% (oitenta por cento) dos valores pagos, em única parcela , corrigida monetariamente pela tabela prática do TJ/SP do ajuizamento da causa e acrescido de juros de mora de 1% ao mês contados da citação. (artigos 51, inciso IV, § 1º, inciso III e 53 do Código de Defesa do Consumidor e Súmula 543 do STJ)
05	38ª Vara Foro Central	30% + despesas R\$73.055,07,	90%	PROCEDENTE - Condenando a ré a restituir à autora, em parcela única, a importância correspondente a 90% (noventa por cento) sobre as quantias comprovadamente por esta paga por conta do preço, autorizada a

				<p>retenção pela ré de 10% (dez por cento) do total efetivamente pago, bem como a restituir à autora a quantia comprovadamente por esta paga a título de comissão de corretagem, tudo com correção monetária desde o ajuizamento, pelos índices da Tabela Prática do TJ/SP e com juros de mora legais, à razão de 1% ao mês, contados a partir da citação e cujos valores serão apurados em liquidação.</p> <p>Artigo 51, inciso IV, § 1º do CDC, Súmulas 02 e 03 do TJ/SP e Jurisprudência do STJ -</p>
06	36ª Vara Foro Central	60% R\$ 387.191,27	90%	<p>PROCEDENTE o pedido para declarar a rescisão do contrato de compromisso de venda e compra de imóvel celebrado entre as partes e condenar a ré a devolver aos autores, de uma só vez, 90% dos valores pagos pelo preço do imóvel e personalização, atualizados monetariamente pelo INCC a partir do efetivo desembolso, com acréscimo de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.</p> <p>art. 51, inciso IV do CDC, Súmulas 01 e 02 do TJ/SP e outros precedentes do TJ.</p>
07	37ª VARA CÍVEL	70% R\$ 65.259,30	90%	<p>PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido fixando proporcionalmente a multa compensatória no montante de</p>

				<p>20%, em consonância com o disposto no art. 413 do Código Civil, por entender que atende ao equilíbrio entre as obrigações e os direitos das partes, e cumpre o poder persuasivo de evitar o inadimplemento contratual.</p> <p>Súmula 02 do TJ/SP.</p>
08	34 ^a VARA CÍVEL	80% R\$ 126.064,55	90%	<p>PROCEDENTE a ação ajuizada para RESCINDIR a avença firmada entre as partes para a aquisição da unidade residencial nº 1802, Torre A, do empreendimento Condomínio Edifício London, e CONDENAR a Requerida à restituição de 90% do valor pago pelo Requerente, atualizáveis segundo depre/tj desde a data do ajuizamento e com juros de 1% a partir do trânsito em julgado.</p>
09	40 ^a VARA CÍVEL	70% R\$ 69.999,51	90%	<p>PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos contidos na inicial para o fim de declarar a rescisão do contrato firmado entre as partes e condenar a parte ré à restituição, de uma só vez, de 80% dos valores pagos pelos autores, atualizados segundo a Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir da data do desembolso, e acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.</p> <p>Súmulas 01 e 02 do TJ/SP</p>
	3 ^a Vara	30%	90%	PARCIALMENTE PROCEDENTE o

10	S.B.Campos	R\$ 81.049,28		pedido e para condenar a ré a proceder à devolução de 80% (oitenta por cento) do valor total pago pelo autor para aquisição do imóvel, que deverá ser feita de uma só vez , valor este corrigido desde o desembolso e com juros moratórios de 1% ao mês desde a citação, excluída a restituição do valor pago a título de corretagem. Artigo 51, inciso IV, do CDC
----	------------	---------------	--	--

Tabela 02 – Decisões Judiciais de 1ª instância do Poder Judiciário Paulista

Tendo em vista o espaço amostral escolhido para análise e levando em consideração as decisões judiciais de 1ª instância, tomadas nas diferentes Varas Cíveis do Estado de São Paulo, conforme dados apresentados na tabela 2, é possível projetar um cenário de como são prolatadas, em regra, as decisões judiciais referentes ao tema em discussão.

Com respeito à Fundamentação Jurídica, é recorrente o reconhecimento da existência de cláusulas abusivas nos contratos, tendo como consequência a incidência dos artigos 51, inciso IV e art. 53 do CDC, além da aplicação de forma quase unânime das Súmulas nº 01, 02 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A Súmula nº 01 reconhece o direito de inadimplente de rescisão do contrato de pleitear a devolução das parcelas adimplidas, tendo o incorporador o direito de reter um percentual para cobrir despesas inerentes ao negócio:

Súmula nº 01 - O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

Por sua vez, a devolução das quantias pagas deverá ser feita de uma só vez, consoante o que dispõe a Súmula nº 2:

Súmula nº 02 - A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.

Na tabela 03, são apresentadas as decisões prolatadas em 2ª Instância, trazendo os argumentos de apelação e o resumo do Acórdão da respectiva decisão, esclarecendo que o quadro sinótico foi construído a partir de uma escolha aleatória de 40 acórdãos analisados.

Turma Recursal	Argumentos da Apelação	Resumo do Acórdão
4ª Turma	Sustenta que o percentual de retenção deve ser majorado para 30% dos valores pagos pelos autores , pois são necessários para o ressarcimento das despesas incorridas com a celebração do contrato e o desenvolvimento do empreendimento e para evitar desfalque financeiro em decorrência do cenário desfavorável do mercado imobiliário, evitando , com isso, que os demais compradores não sejam prejudicados. Pleiteou alteração do termo inicial de juros para depois do trânsito em julgado da sentença.	APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. BEM IMÓVEL. RESILIÇÃO. COMPROMISSÁRIO COMPRADOR. DIREITO DE RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PAGOS - Precedentes desta Câmara no sentido de autorizar a retenção no montante de até 20% quando se tratar de relação de consumo ¹⁰⁶ . Súmula n. 1 do TJSP. Vedação ao enriquecimento sem causa. Existência, entretanto, de cláusula penal compensatória. Aplicação do art. 413 do CC. Redução da multa excessiva. JUROS DE MORA. (...) Sentença mantida. Recurso improvido.
3ª Turma	Recorreu a ré, alegando, em síntese, que o negócio sequer poderia ser desfeito, pois celebrado em caráter irrevogável e irretratável (cláusula 2.18.1 da avença) . Afirma ser devida a restituição	APELAÇÃO; COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA ¹⁰⁷ - Resolução do contrato por impossibilidade econômica da adquirente de pagar as parcelas remanescentes do preço ¹⁰⁸ - Cabimento irrelevante, para este fim, que o contrato tenha sido firmado

¹⁰⁶ Ap. n. 0047885-56.2012.8.26.0562, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 11.6.2015; Ap. n. 1018518-96.2014.8.26.0562, rel. Des. Milton Carvalho, j. 30.4.2015, Ap. n. 1001586-33.2014.8.26.0562, rel. Des. Ênio Zuliani, j. 12.3.2015, Ap. n. 0005354-20.2006.8.26.0091, rel. Des. Teixeira Leite, j. 27.11.2014 e Ap. n. 9000006- 98.2012.8.26.0302, rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 21.8.2015

¹⁰⁷ Ap.n. 1056668-09.2016.8.26.0100, rel. Des. Rogério Aguiar Munhoz Soares, j.26.06.2017

¹⁰⁸ REsp n.59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002; Rec.Esp. 78.221/SP, Rel Min. Aldir Passarinho Júnior, em 26.08.2003, in DJ 29.09.2003 p.253, entre dezenas de outros.

	de no máximo 50% dos valores pagos pela adquirente, os quais não abrangeriam as arras, pois impossível sua devolução, nos termos do art. 418 do Código Civil. Sustenta ainda a apelante ser indevida a restituição da importância paga a título de seguro.	em caráter irrevogável e irretratável - Não se confundem impossibilidade e arrependimento - Abusividade, contudo, da cláusula penal que previu perda integral do sinal Arras - confirmatórias que integram o preço e são computadas para efeito de devolução - Previsão contratual de retenção de 10% dos valores pagos pela adquirente a partir do 25º mês do registro da incorporação que não é abusiva e pode ser aplicada ao caso concreto (..) Sentença mantida Recurso não provido.
7ª Turma	Insurgem-se os apelantes pela reforma da respeitável sentença, demonstrando inconformismo com o capítulo que determinou a devolução da comissão de corretagem e taxa SATI, e insistem na retenção de 30% dos valores efetivamente pagos pelo autor para aquisição do imóvel.	APELAÇÃO¹⁰⁹. Compra e venda. Ação de rescisão contratual. Sentença de parcial procedência. Condenação da ré à restituição das quantias pagas pelo autor para aquisição do imóvel, de uma única vez, com retenção de 10% do valor total pago. Correção. Inteligência das Súmulas 1 e 2 deste Egrégio Tribunal de Justiça. Precedentes. Restituição da comissão de corretagem e taxa SATI. Inconformismo. Afastamento. Tese firmada em sede de Recurso Especial Repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ¹¹⁰ . Incidência de correção monetária sobre todos os valores indenizáveis a partir de cada desembolso, além de juros de mora contados da citação. Manutenção. Sentença escoreita. Recurso a que se nega provimento.
	Apela a ré, alegando inaplicável o CDC; impossibilidade de rescisão; retenção deve ser de 30%, sendo caso de devolver 70%, em 03 parcelas e no prazo de 180 dias; autor deve ser condenado nos ônus da sucumbência, fixados os honorários em 10%.	AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. Compromisso de venda e compra. Pleito de rescisão por parte do autor, promissário comprador. Descabimento. Irrelevante a aplicação do CDC. Fixado com moderação o percentual de devolução em 85% das prestações pagas, encontrando supedâneo nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação ao enriquecimento sem causa, devendo a ré reter o remanescente (15%), para fazer frente as suas despesas administrativas e operacionais, de uma só vez, não havendo razão que

¹⁰⁹ Apelação nº 1042360-65.2016.8.26.0100, rel Des. James Siano, j. 28.06.2017

¹¹⁰ STJ – 2ª Seção – REsp 1599511/SP – Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino – julgado em 24/08/2016.

		justifique a concessão de prazo de 180 dias para o pagamento. Aplicáveis as Súmulas 01 e 02 desta Corte. Mantida a sentença, - Recurso Improvido.
--	--	--

Tabela 04 – Decisões Judiciais de 2ª instância do Poder Judiciário Paulista

Em todas as decisões de 2ª instância, o que se observou, de forma quase unânime, foi o acolhimento, pelas turmas recursais, das teses adotadas pelos julgadores em primeira instância. As divergências se concentraram quase que exclusivamente em relação ao “quantum” a ser devolvido pela incorporadora.

Outro aspecto bastante ilustrativo diz respeito aos argumentos trazidos pelos recorrentes. Os mesmos vão desde a irrevogabilidade e irretratabilidade contratual, de acordo com a redação expressa do art. 31, § 2º da Lei nº 4.591/1964, pela não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, até questões de ordem financeiras, entre outros diferentes argumentos.

Dentro deste contexto, embora o universo amostral tenha sido escolhido de forma aleatória, podemos afirmar que, em relação ao Estado de São Paulo, é possível concluir pela existência de entendimento consolidado por parte do seu poder judiciário, no sentido de que as incorporadoras possam reter percentuais que variam entre 10 (%)¹¹¹ a 20 (%)¹¹² sobre as parcelas pagas a título de ressarcimento por despesas inerentes ao negócio e comprovadamente efetuadas. Além disso, qualquer que seja o percentual aplicado, a restituição dos valores será sempre à vista, devolvido de imediato e acrescido de correção monetária e juros legais de 1% ao mês.

4.2. O DISTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

¹¹¹ TJSP, Ap. 0009023-70.2006.8.26.0224, 7ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Miguel Brandi, j. 19/02/2014; TJSP, Ap. 9067821-53.2009.8.26.0000, 7ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 19/02/2014; TJSP, Ap. 0108524-10.2008.8.26.0100, 10ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. , CE

¹¹² TJSP, Ap. 9134518-90.2008.8.26.0000, 7ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Miguel Brandi, j. 24/10/2012; TJSP, Ap. 0041782-19.2008.8.26.0224, 7ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 19/10/2011; TJSP, Ap. 0024588-21.2003.8.26.0114, 7ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 06/03/2013

Tratando dos Tribunais Superiores, finalmente, em 31 de agosto de 2016, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão através da Súmula nº 543:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

A súmula regula duas situações: na primeira, a resolução do contrato de compra e venda decorre exclusivamente por culpa do promitente vendedor e no segundo, por culpa do comprador. Na primeira situação, ocorrendo o desfazimento do negócio por culpa exclusiva do vendedor, deverá ocorrer a restituição integral de todos os valores adimplidos pelo comprador, corrigidos pelo índice definido no contrato, sendo consideradas abusivas cláusulas que estipulam a devolução somente após a renegociação da unidade habitacional pela incorporadora. Tal posicionamento é amplamente adotado pelo colendo tribunal, conforme excertos dos seguintes julgados¹¹³, ¹¹⁴, ¹¹⁵,

É abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido.

Em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva

¹¹³ STJ – 3ª Turma – AgRg no AREsp525955 SC – Rel.: Min. Sidnei Beneti – julgado em 05/08/2014.

¹¹⁴ STJ – 3ª Turma – AgRg no Ag 866542/SC – Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – julgado em 04/12/2012.

¹¹⁵ STJ – 2ª Seção – REsp 1300418 SC – Rel.: Min. Luis Felipe Salomão – julgado em 13/11/2013. Submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos.

do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa o desfazimento.

A segunda situação regulada pela súmula ocorre quando a resolução do contrato é devido ao comprador, decorrente de situações tais como: arrependimento, dificuldade no pagamento, recusa por parte dos agentes financeiros de proposta de financiamento do saldo devedor, entre outros.

Nestes casos, o Egrégio tribunal admite a retenção de um percentual que será calculado sobre o total do valor adimplido pelo promissário-comprador, como forma de ressarcir o incorporador pelos custos transacionais do negócio jurídico, tais como: despesas de administração, corretagem, propaganda e outras congêneres. Além disso, outro fator determinante na fixação desse limite de retenção é o fato de ter havido ou não a entrega do imóvel. Quando o comprador já recebeu o imóvel, deve-se compensar o período de fruição experimentado pelo comprador, bem como o prejuízo causado com o desgaste da unidade.

Embora a Súmula tenha pacificado a questão, a mesma não definiu o “quantum” a ser restituído, entretanto, o mesmo tem adotado como parâmetro o percentual de retenção entre 10 % a 25%, como visto no seguinte excerto de julgado¹¹⁶:

“PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISAO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPOSTOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador. 2. **O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso.**”

¹¹⁶ STJ – 3ª Turma – REsp 1.224.921/PR – Rel.: Min. Nancy Andrighi – j. 26/04/2011

Embora o percentual de retenção possa variar entre 10% a 25 %, é de se esperar que quando da definição do “quantum”, o julgador deva levar em consideração cada caso concreto, incluindo, na medida do possível, todas suas particularidades.

E importante, também, que tais decisões estejam pautadas dentro dos postulados que levam ao equilíbrio das relações jurídicas consumeristas, de acordo com o artigo 4º, III com vedação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações abusivas, de acordo com o artigo V; 51, IV e § 1º, incisos I, II e III, bem como o artigo 53, todos do CDC.

Para Nelson Nery Junior¹¹⁷, o preceito central que norteia a solução da questão para determinar os critérios para a fixação do quantum compensatório é o artigo 53 do CDC, já que tal artigo deixa subsumido que não haverá nem enriquecimento ilícito por parte do fornecedor de produtos móveis ou imóveis, no caso de inadimplemento do consumidor, nem aferição de vantagens deste em face do descumprimento de sua obrigação ou simples desistência do negócio.

Nesse contexto, entendemos que o limite de dez por cento é suficiente para cobrir todas as despesas operacionais relativas à negociação do imóvel, estando o mesmo em sintonia com a jurisprudência atual, fundamento nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Aqui é importante relembramos que a fixação de dez por cento parece ser o número mágico na fixação do quantum compensatório. Tal percentual é o mesmo estabelecido na legislação que regula contratos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados (Dec. Lei nº 58, de 1937, artigo 11, letra “f” e Lei nº 6.766, de 1979, art. 26, inciso V) e tem se mostrado suficiente para o desenvolvimento desses negócios.

4.3 NOVAS REGRAS PARA O DISTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**: Direito Material. Vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 637.

Embora o Poder Judiciário já tenha encontrado uma resposta que permite equalizar de forma equânime as relações consumeristas entre todos os atores envolvidos nessa complexa rede de negócios jurídicos, convergindo para um sólido entendimento jurisprudencial, o que se observa ultimamente é um forte movimento por parte dos representantes do setor da construção civil para que o poder executivo, através de uma medida provisória, regulamente definitivamente a questão de distrato^{118, 119}.

São vários os argumentos utilizados pelos defensores de tal medida, entre eles podemos citar: as decisões judiciais que vêm admitindo a rescisão imotivada, contrariando a letra do artigo 32, § 2º, da Lei 4.591/64, que diz serem irretratável o contrato de aquisição do bem imóvel por incorporação imobiliária, bem como da insegurança jurídica trazida pela quebra contratual. Além disso, o distrato causaria um enorme impacto social.

Nas palavras do presidente da ABRINC, Luis França¹²⁰:

“Os distratos afetam a todos que operam nos segmentos de média e de alta renda. Algumas empresas pagaram sim os acordos firmados nos distratos, mas foram obrigadas a interromper as obras por falta de dinheiro – há casos, inclusive, de incorporadoras que entraram em recuperação judicial. Quem se prejudica, na verdade, é aquele cliente que realizou todos os pagamentos e ficou sem ter seu imóvel entregue na data prevista, correndo o risco até de não o receber.

(...) Portanto, é fundamental que haja uma previsibilidade quanto ao recebimento das receitas. Quando há quebra nesse fluxo de caixa, ocorre um grande desequilíbrio em toda a cadeia e saem prejudicados não somente as incorporadoras, como também os demais compradores adimplentes, que mesmo pagando em dia podem ser privados de realizar o sonho da casa própria. Também é fundamental que o segmento possa encontrar um caminho mais justo e equilibrado para pautar disputas nesse sentido. Regras claras são fundamentais para que os empreendedores invistam no mercado.”

¹¹⁸ EXAME. **Governo Quer Regular Distratos de Imóveis**. Caderno de Economia. jan. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/governo-quer-regulamentar-distratos-de-imoveis>>. Acesso em: 10/08/2017.

¹¹⁹ ALVES, Murilo Rodrigues. Medida Provisória dos Distratos Prevê Regra para Inadimplentes. *In: O Estado de São Paulo*. Caderno de Economia e Negócios. 02 de ago., 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,medida-provisoria-dos-distratos-preve-regra-para-inadimplentes,70001920035>>.

¹²⁰ FRANÇA, Luis. **O Impacto Social dos Distratos**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://abrainc.org.br/artigos/2017/08/07/o-impacto-social-dos-distratos/>>. Acesso em 10/08/2017.

Em um excelente artigo publicado recentemente, Claudia Lima Marques e Daniela Correa Jacques Brauner¹²¹ contrapõem-se aos pontos apresentados pelos defensores da necessidade de regular o distrato através de uma medida provisória.

O trabalho traz argumentos bastantes robustos contra a medida provisória sugerida pelo setor. Entre eles está a questão do verdadeiro sentido de se considerar irrevogável o contrato de aquisição de propriedade de acordo com a lei 4.591/64, bem como da insegurança jurídica no seio social, advinda do desfazimento de tais contratos. Segundo as autoras, a lei da época de 60 visava a proteção do adquirente-consumidor através de uma série de artigos, objetivando a necessidade de registro do incorporador e a transparência dos negócios.

Outro ponto relevante levantado pelas autoras é a forma unânime com que os tribunais, em todas as instâncias, vêm se posicionando, em especial o Superior Tribunal de Justiça, mostrando que o assunto é de extrema relevância e de forma alguma poderia representar qualquer “insegurança” aos contratos em geral ou antijuridicidade, não justificando de forma alguma uma medida provisória para regular o setor.

Entre os pontos trazidos pela MP, o que chama bastante atenção é a redação que define o “quantum” a ser aplicado no distrato: “Em qualquer das hipóteses, o adquirente fará jus à restituição de quantia nunca inferior a 20 % (vinte por cento) dos valores por ele pagos ao incorporador, excetuando-se os valores correspondentes a eventual multa por atraso no pagamento das parcelas e juros incidentes ao referido”. Como as autoras do trabalho pontuam: o percentual a ser adotado diverge completamente da já consolidada jurisprudência, que se situa entre 75% a 90 % do valor pago, com predominância por esse último percentual.

As autoras sustentam que o grande volume de processos jurídicos retrata não apenas uma faceta da crise que o setor vem enfrentando, mas principalmente a dificuldade dos consumidores de concretizarem o sonho da aquisição da casa própria e, mais ainda, a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para o reconhecimento de direitos já consolidados no âmbito jurisprudencial.

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima; BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Novas regras para distrato de contratos de imóveis na planta. In: **Revista Consultor Jurídico**, 1 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-01/garantias-consumo-novas-regras-distrato-contratos-imoveis-planta>>.

Por outro lado, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 774, de 2015, de autoria do Senador Romero Jucá, que “acrescenta o art. 67-A à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis”.

Em termos de penalidade, a proposição estabelece que, no caso de rompimento do contrato de aquisição de imóveis “na planta” por culpa do adquirente, o incorporador poderá reter, dos valores pagos, uma pena convencional de valor não superior a vinte e cinco por cento, além de mais cinco por cento como indenização pelas despesas com comissão de corretagem. Estatui, ainda, que, além da multa contratual, é possível pleitear indenização suplementar caso haja previsão contratual expressa nesse sentido.

Com respeito ao valor a ser restituído ao adquirente, a lei prevê que a devolução deverá ser feita em três parcelas mensais, vencendo a primeira depois de doze meses da data do desfazimento do contrato, salvo se o imóvel contratado tiver sido revendido antes desse prazo, caso em que a restituição deverá ocorrer trinta dias após a revenda. Dispõe, por fim, que, no caso de haver execução judicial ou extrajudicial da dívida mediante leilão do imóvel contratado, a restituição ao adquirente do saldo eventualmente devido seguirá os critérios delineados na lei especial ou nas normas aplicáveis à execução em geral.

A relatoria do projeto se encontra a cargo do Senador Benedito de Lira, tendo até o momento recebido quatro emendas, a primeira do próprio autor do projeto, tratando de ajuste na redação, outra do relator, visando a extensão do diploma legal ao parcelamento do solo urbano, e por último as duas emendas proposta pela Senadora Marta Suplicy, que fixa o percentual de dez por cento como multa compensatória pelo desfazimento do negócio e a outra que prevê a restituição dos valores pagos pelo consumidor em uma parcela única no prazo de cinco dias úteis. Proposta esta, em consonância com o entendimento jurisprudencial consolidado através da Súmula 543 do STJ.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo analisar os impactos do distrato nos contratos de compra de imóveis na planta no mercado imobiliário brasileiro, resultante da grande recessão econômica que o país vem enfrentado nos últimos anos, levando em consideração todos os atores envolvidos nesta grande e complexa relação que é o negócio da compra de um imóvel residencial, ou seja: os agentes econômicos, os órgãos governamentais, o incorporador imobiliário e o adquirente do imóvel.

Com o intuito de melhor compreender o universo da aquisição de um imóvel residencial, foram apresentados pontos considerados relevantes sobre o tema, incluindo a evolução do mercado residencial brasileiro, os mecanismos envolvidos no ciclo do processo de incorporação imobiliária, bem como todo arcabouço jurídico que rege a matéria.

A partir de dados apresentados pela ABRAINC, constata-se que o inadimplemento contratual alcançou índices alarmantes nos últimos anos devido à crise econômica, resultando em uma enxurrada de ações na justiça visando o término do negócio jurídico e a devolução dos valores adimplidos até então.

Dentro deste contexto, o estudo mostrou que o negócio jurídico travado entre as incorporadoras e os compradores de imóveis residenciais é tipicamente uma relação de consumo sendo, então, imprescindível a aplicação da Lei de Incorporação Imobiliária aliada ao Código de Defesa do Consumidor. Com isso, foi afastada a tese defendida pelas incorporadoras de que na compra de um imóvel na planta aplica-se somente a Lei de Incorporação Imobiliária.

A vasta doutrina e jurisprudência apresentada ao longo deste estudo nos leva a concluir que as consequências do inadimplemento do proeminente comprador devido a sua incapacidade de pagar o saldo devedor quando da entrega do imóvel não devem ser relegadas à vontade das partes, expressa no distrato, mais sim com à intervenção do Estado expressa pelo Código de Defesa do Consumidor.

Não resta dúvida de que, diante da grande importância que tem a aquisição da casa própria para o brasileiro comum, é fundamental que todos os envolvidos nesta complexa teia de interesses muitas vezes divergentes, consigam chegar a um

denominador comum por meio da elaboração de uma nova legislação que possa abarcar, de forma equânime os interesses de todos. Assim, será possível cumprir nossa Constituição Cidadã de 1988 e garantir o direito de todos à moradia, bem como viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, conforme o artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, é sempre importante lembrar que a nossa Constituição Cidadã, inclui como direito fundamental do cidadão o direito à moradia, que não se confunde com o mero direito de propriedade, de forma que a proteção do adquirente da casa própria tem status constitucional, levando-se em conta o direito social reconhecido em tratados internacionais pela República Federativa do Brasil.

Portanto, aqui estão todos os elementos desta complexa equação que se apresenta com inúmeras variáveis. Integra essa equação diferentes fontes legais com vasto espectro jurídico, sendo que, por meio de um diálogo entre essas diferentes fontes, será possível chegar a uma solução que convirja para um ponto de equilíbrio nesta relação consumerista entre seus múltiplos atores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALVES, Murilo Rodrigues. Medida Provisória dos Distratos Prevê Regra para Inadimplentes. In: **O Estado de São Paulo**. Caderno de Economia e Negócios. 02 de ago., 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,medida-provisoria-dos-distratos-preve-regra-para-inadimplentes,70001920035>>.

ASSIS, Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. In: **Revista CEJ**, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC. **Informe de Junho de 2017**: análise de abril de 2017. Disponível em: <<http://abrainc.org.br/wp-content/uploads/2017/07/press-release-indicadores-julho-2017.pdf>>.

BESSA, Leonardo Roscoe. O contrato de incorporação imobiliária e os direitos do consumidor. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 42-60, mar./maio 2000.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil Comentado**. Vol. 4. São Paulo: Red Livros, 2000.

BRASIL. **Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928.** Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de Junho de 1928. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/1910-1929/DF481.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.815, de 8 de março de 1965.** Estabelece normas para a escrituração dos registros criados pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre condomínio e incorporações imobiliárias, no Registro Geral de Imóveis. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 de Março de 1965. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=169028&norma=187582>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 de Agosto de 2004.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 02 de Agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporação imobiliária, Letras de Crédito Imobiliário, Cédula de Credito Bancário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 de Agosto de 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 07 de Julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 de Julho de 2009. Disponível no link: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm

BRASIL. **Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.** Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de Agosto de 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4380.

BRASIL. **Lei nº 4.380/1964, de 21 de agosto de 1964.** Dispõe sobre a criação do Sistema Nacional de Habitação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de Agosto de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4380.htm> acesso em 13.jul.2017.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de Março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de Dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.** Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de Julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm>. Acesso em: 13 jul de 2017

BRASIL. **Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965.** Cria medidas de estímulo à indústria de construção civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de Novembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4864.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de Maio de 1990.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de Maio de 1990. Disponível no link: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8036consol.html.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de Setembro de 1990. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078.htm>. Acesso em:24 jul.2017.

BRASIL. **Lei nº 9.069, de 29 de julho de 1995.** Dispõe sobre o Plano Real e o sistema Monetário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de Julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9069.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de Novembro de 1997. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9541.htm>. Acesso em:12 jul.2017.

CAIXA Econômica Federal. **Aquisição de Imóvel Novo.** Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/financiamento/aquisicao-imovel-novo/Paginas/default.aspx>>

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações de dos Contratos - Institutos Fundamentais. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CASSETTARETI, Cristiano . **Multa Contratual**: teoria e prática. São Paulo: RT, 2011.

CASTRO, Fabio Caprio Leite de e Santos, Lourdes Helena Rochas. A Evolução Histórica e os Novos Horizontes da Incorporação Imobiliária e do Condomínio Edifício no Direito Brasileiro. In: **Revista Direito Imobiliário**. nº 29, pp. 73-102. set/out, 2015.

CHALHUB , Melhim Namem. Incorporação Imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v.24, n. 50, p 92-135, jan.\jun., 2001.

CHALHUB , Melhim Namem. Incorporação Imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v.36, n. 75, .p 167-198, jul-dez, 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**: Direito do Consumidor, V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 2ª vol, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

EXAME. **Governo Quer Regulamentar Distratos de Imóveis**. Caderno de Economia. jan. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/governo-quer-regulamentar-distratos-de-imoveis>>. Acesso em: 10/08/2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FRANÇA, Luis. **O Impacto Social dos Distratos**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://abrainc.org.br/artigos/2017/08/07/o-impacto-social-dos-distratos/>>. Acesso em 10/08/2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. **Impactos dos Investimentos em Habitação sobre a Economia do Brasil**, Mar. 2014. Disponível em :<<http://abrainc.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Estudo-FGV-completo-Evento-Abrainc.pdf>>. Acesso em: 10/07/2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil**: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008.

GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**: Direito Material. Vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri; MIRANDA, Sandra Julien (org. e coord.). **Dicionário Técnico Jurídico**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Rideel, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Indicadores IBGE**: Contas Nacionais Trimestrais – indicadores de volume e valores correntes. out.\dez. 2016. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf>. Acesso: 12/07/2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Desafios do desenvolvimento**: Anos 1980, década perdida ou ganha?. Ano 9. Edição 72, 15 de jun., 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: RT, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no Código do Consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contrato. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *In: Revista Ajuris*, Porto Alegre, nº 64, pp. 34-77, jul. 1995.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe, *et al.* **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Novas regras para distrato de contratos de imóveis na planta. *In: Revista Consultor Jurídico*, 1 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-01/garantias-consumo-novas-regras-distrato-contratos-imoveis-planta>>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OSCAR, Naiana. De cada 100 Imóveis Vendidos, 41 Foram Devolvidos às Construtoras em 2015. *In: O Estado de São Paulo*. Caderno de Economia & Negócios. 11 de jan. de 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. Vol. III. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. 25. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O Pacta Sunt Servanda: Cláusula Rebus Sic Stantibus e o Equilíbrio das Relações Contratuais na Atualidade. *In: Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, nº 1, pp. 194-218, jan/jul, 2008.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 3ª Ed. São Paulo: Hucitec, 1996.

SILVA, Regina Beatriz Tavares e (coord.). **Código Civil Comentado**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.